Die Veräußerungsverbote.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

Hohen Juristischen Fakultät der Universität Marburg

vorgelegt von

Hans Schmidt-Polex
Referendar aus Frankfurt a. M.

ACAD.
LAND.BAT.
BIBL.

Marburg i. H.
Chr. Schaaf, Spezialdruckerei für Dissertationen.
1913.

Referent: Prof. Dr. Leonhard.

Meinen Eltern.

Inhalt.

Seite

I. Einleitung.

§ 1. Beschränkung eines Rechts 11

II. Allgemeiner Teil.

§ 2. Begriff des Veräußerungsverbots 12
§ 3. Singularität des Veräußerungsverbots 16
§ 4. Arten der Veräußerungsverbote 18

III. Besonderer Teil.

A. Die gesetzlichen Veräußerungsverbote.

§ 5. 1. Geschichtlicher Rückblick 21
2. Die gesetzlichen Veräußerungsverbote nach geltendem Recht 31
§ 6. Einteilung der gesetzlichen Veräußerungsverbote . . 31
§ 7. Die gesetzlichen Veräußerungsverbote im öffentlichen Interesse 32
§ 8. Die gesetzlichen Veräußerungsverbote zum Schutze bestimmter Personen 47

B. Die richterlichen Veräußerungsverbote.

§ 9. 1. Geschichtlicher Rückblick 72
§ 10. 2. Die richterlichen (behördlichen) Veräußerungsverbote nach geltendem Recht 74

Seite

C. Die rechtsgeschäftlichen Veräußerungsverbote.

§ 11. 1. Die vertragsmäßigen Veräußerungsverbote . . . 81
a) Geschichtlicher Rückblick 81
b) Die vertragsmäßigen Veräußerungsverbote nach geltendem Recht 85
§ 12. Bedeutung des § 137 85
§ 13. Das vertragsmäßige Veräußerungsverbot und die Resolutivbedingung 89
§ 14. Kann der Anspruch aus § 137 Satz 2 durch grundbuchliche Eintragung des Verbots oder Vormerkung dinglich gesichert werden? 93
§ 15. Der Nichtveräußerungsvertrag des Hypothekengläubigers mit seinem Schuldner 98
§ 16. Das vertragsmäßige Zessionsverbot 101
§ 17. Das vertragsmäßige Veräußerungsverbot des Landesrechts 105
2. Die letztwilligen Veräußerungsverbote 107
§ 18. a) Geschichtlicher Rückblick 107
§ 19. b) Die letztwilligen Veräußerungsverbote nach geltendem Recht 110

IV. Schluß.

§ 20. Übergangsvorschriften 114

Literatur-Verzeichnis.

Arndts, Pandekten, 1889.

Bayer, Theorie der summarischen Prozesse, München 1870.

Bachmann, Das römische Dotalrecht, 1863.

Becker, System des heutigen Pandektenrechts, 1886.

Biermann, Bürgerliches Recht, Bd. 1, 1908.

Böcking, Pandekten des römischen Privatrechts, 1855.

Böttinger, Das vertragliche Veräußerungsverbot im früheren und jetzigen Recht, 1908.

Böhm, Reichsgrundbuchrecht.

Brandis, Über absolute und relative Nichtigkeit, in der ZS. f. Zivilrecht u. Prozeß Bd. 7.

Brinz, Lehrbuch der Pandekten, Bd. 3, 2, 1888.

Brütt, Das rechtsgeschäftliche Veräußerungsverbot nach gemeinem Recht und BGB., 1900.

Buth, Das rechtsgeschäftliche Veräußerungsverbot nach gemeinem Recht und BGB., 1903.

Czyhlarz, „Veräußerungsverbot des fundus datalis" i. d. ZS. f. Zivilrecht und Prozeß, Bd. 22.

Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts, 1913.

Crome, System des bürgerlichen Rechts, 1900.

Dernburg, Pandekten, Bd. 1—3, 1900.

Dernburg, Das bürgerliche Recht des deutschen Reichs und Preußens, Bd. 1, 1906, Bd. 2, 1905, Bd. 3, 1900/01.

Eckstein, Die Übertragbarkeit der Forderungen nach künftigem deutschen Reichsrecht, 1898.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Bd. 2, 1905.

Endemann, Die zivilrechtlichen Folgen der Verbotsgesetze nach gemeinem Recht, 1887.

Enneccerus, Kipp u. Wolff, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Bd. 1, 1, 1911, Bd. 1, 2, 1912.

Enneccerus-Lehmann, 1901, Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.

Fischer-Henle, Bürgerliches Gesetzbuch, Handausgabe 1909.

Fitting, Zivilistische Bemerkung im Archiv f. d. zivil. Prax., Bd. 42, 168.

Fitting, „Können veräußerte Dotalgrundstücke durch den Mann selber vindiziert werden?" Im Archiv f. d. zivil. Prax., Bd. 47.

Fitting, „Ist in jedem Veräußerungsverbot von selbst auch ein Ersitzungsverbot enthalten?" Ebenda Bd. 47.

Fitting, „Wesen des Titels bei der Sitzung", ebenda Bd. 51.

Francke, Relativität als Folge relativer Veräußerungsverbote, 1909.

Fuchs, Kommentar zum Grundbuchrecht, 1899.

Gareis, Allgemeiner Teil des BGB., 1900.

Gaupp-Stein, Die Zivilprozeßordnnng für das deutsche Reich, 1908.

Glück, Erläuterung der Pandekten.

Goldmann und Lilienthal, Kommentar zum BGB.

Güthe, Grundbuchordnung für das deutsche Reich. 1911.

Habicht, Einwirkung des BGB. auf zuvor entstandene Rechtsverhältnisse, 1901.

Heymann, Trustee und Trustee-Kompany im deutschen Rechtsverkehr, in der Festschrift für Heinrich Brunner, 1910.

Hölder, Kommentar zum allg. Teil des BGB., 1900.

Hünerfeld, Gesetzliche Veräußerungsverbote nach gemeinem und geltendem Recht, 1905.

Jahrbuch f. Entscheidungen des Kammergerichts.

Juristische Wochenschrift.

Kistner, Das rechtsgeschäftliche Veräußerungsverbot nach gemeinem Recht und BGB., 1903.

Knoke, Zur Lehre vom relativen Veräußerungsverbot in der Königsberger Festg. f. Güterbock, 1910.

Kohler, i. d. Krit. Vierteljahrsschr. für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, Bd. 19.

Kohler, Gesammelte Abhandlungen, 1883.

Kretzschmar, Das Sachenrecht des BGB., 1906.

Kuhlenbeck, Die Rechtsprechung des Reichsgerichts in Beziehung auf die wichtigsten Begriffe und Institute des Zivilrechts i. JWbl., 1896.

Lauk, „Welches sind die Wirkungen der gesetzl., testamentarischen, vertragsmäßigen Veräußerungsverbote nach römischem Recht?“ Zeitschr. f. Zivilrecht u. Prozeß, Bd. 5.

Mitteis, Römisches Privatrecht, Bd. 1, 1908.

Mittermaier, Die summarischen Verfahrensarten des gemeinen deutschen bürgerlichen Rechts, 1840.

Motive zu dem Entwurfe eines BGB.

Mugdan-Falkmann, Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts.

Neumann, H., Handausgabe des BGB., 1903.

Neumann, Joh., Vormerkung u. Veräußerungsverbot, JW. 31, 454 ff.

Niedner, Einführungsgesetz, 1899.

Obermeyer, Übergangsfragen i. Bl. f. RA., Bd. 65, 325.

Öhlschläger, Vindikation der gegen ein gesetzliches Veräußerungsverbot veräußerten Sache durch den Veräußerer, 1892.

Örtmann, Kommentar zum BGB., 1908.

Pagenstecher, Die römische Lehre vom Eigentum in ihrer mod. Anwendbarkeit, 1857.

Pernice, Labeo, Bd. 3, 1892.

Pernice, Pandektenvorlesung.

Philipp, Das vertragsmäßige Veräußerungsverbot als die gleiche Dispositionsbeschränkung nach gegenwärtigem und künftigem Rechte i. Bl. f. RA., Bd. 64, 374.

Planck. BGB., Bd. 1, 1903, Bd. 3, 1906.

Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs des BGB.

Puchta, Vorlesungen über das heutige röm. Recht, 1862.

Raape, Das gesetzliche Veräußerungsverbot des BGB., 1908.

Ramdohr, Das Rechtsprinzip zum Schutz mangelhafter Erkenntnisfähigkeit im BGB., i. Gruchots Beitr. 44, 324 ff.

Randa, Eigentumsrecht, Bd. 1, 1893.

Rehbein, Das BGB. mit Erläuterungen, 1899.

Reichel, Das letztwillige Veräußerungsverbot. Im sächs. Arch. f. bürg. Recht und Prozeß, Bd. 12, 176 ff.

Reichsgerichtsrätekommentar, 1910.

Riezler, in der krit. Vierteljahrsschr., Bd. 48.
v. Savigny, System des heutigen röm. Rechts, 1841.
Schlesinger, Wirksamkeit des pactum de non cedendo, 1892.
Schloßmann, Die Lehre von der Stellvertretung, insbesondere bei oblig. Verträgen, Teil II, 1902.
Schmid, Handbuch des in Deutschland geltenden gemeinen bürgerlichen Rechts, 1847.
Schott, Über Veräußerungsverbote u. Resolutivbedingungen im bürgerlichen Recht, in der Festschr. f. Felix Dahn, 1905, 305 ff.
Schröder, Zur Lehre von den gesetzlichen Veräußerungsverboten, 1875.
Seuffert, E. A., Das gesetzliche Veräußerungsverbot bei Singular- und Universalvermächtnissen nach römischem Recht, 1854.
Seuffert, Lehrbuch des Pandektenrechts, 1860.
Sohm, Der Gegenstand, 1905.
Solon, Zur Lehre von den Veräußerungsverboten der §§ 135, 136 BGB., 1908.
Staudingers Kommentar zum BGB., Bd. 1, 1912, Bd. 3, 1910.
Vangerow, Lehrbuch der Pandekten, Bd. 1, 1863, Bd. 3, 1876.
Voß, Über das Verhältnis zwischen relativem Veräußerungsverbot u. Vormerkung nach dem BGB. in Jherings Jahrbüchern, Bd. 60, S. 293 ff.
Wendt, Erwerb von einem Nichtberechtigten, Arch. f. d. zivil. Prax. 89.
Windscheid-Kipp, Pandekten, Bd. 1 u. 2, 1906.
Wurzel, Die Rechtswirkungen der Zuwiderhandlung gegen die gesetzlichen, richterlichen und die durch Rechtsgeschäft begründeten Veräußerungsverbote nach gemeinem Recht und BGB., 1901.
Zentralblatt für freiwillige Gerichtsbarkeit und Notariat.

§ 1.

Einleitung.

Wem ein Recht gegeben ist, dem sind damit auch alle die Befugnisse gegeben, die in jenem enthalten sind. Das Eigentum als das stärkste Recht gewährt seiner Natur nach eine sehr umfassende Macht über eine Sache. Der Eigentümer kann beliebig die Sache benutzen und über sie verfügen. Die einzelnen Befugnisse, die ein Recht gewährt, sind jedoch rechtlich beschränkbar, können sogar aufgehoben werden, sei es durch gesetzliche Bestimmungen oder durch rechtsgeschäftliche von der Rechtsordnung mit Wirksamkeit ausgestattete Anordnungen; das allgemeine Wohl wie die Privatinteressen erfordern oft eine derartige Begrenzung. Deshalb gestattet das Gesetz dem Eigentümer, mit der Sache zu verfahren und andere von einer Einwirkung auszuschließen nur, soweit nicht das Gesetz oder Rechte Dritter entgegenstehen[1]).

Beschränkungen der Berechtigung, die Sache zu gebrauchen, ergeben sich in erster Linie infolge obligatorischer und dinglicher Rechte Dritter. Die Verfügungsfreiheit kann namentlich durch Veräußerungs-

1) § 903 BGB.

verbote ganz oder teilweise eingeschränkt werden. In welchem Umfang diese in die Rechtsfähre des Einzelnen eingreifen, soll in folgender Abhandlung untersucht werden.

§ 2.

Begriff des Veräußerungsverbots.

Als Grundlage unserer Abhandlung bedarf es zunächst einer Verständigung darüber, in welchem Sinne von einem Veräußerungsverbot gehandelt werden wird. Hierbei sind die beiden Fragen zu erörtern, was ein solches Verbot untersagt und unter welchen Umständen ein Veräußerungsverbot vorliegt.

Zur Beantwortung der ersten Frage nach dem objektiven Umfang des Veräußerungsverbots müssen wir wiederum auf den Begriff der Veräußerung zurückgreifen und diesen klar legen.

Der römisch-gemeinrechtliche Begriff der Veräußerung, die alienatio, umfaßte jede willentliche Aufgabe[1]) oder Beschränkung eines Rechts[2]), also nicht allein die Übertragung eines Rechts auf einen anderen, sondern auch die Belastung und das freiwillige Aufgeben eines Rechts, den Verzicht.

Das BGB. enthält sich ebenso wie auch alle anderen Gesetze, einer Begriffsbestimmung des Wortes „Veräußerung". Gleichwohl ist dem regelmäßigen Sprachgebrauch des BGB. zu entnehmen, daß sich die Veräußerung des heutigen Rechts nicht mit der römischen alienatio deckt, sondern wesentlich enger zu definieren ist. Heute nämlich bezeichnet Veräußerung nur denjenigen dinglichen Vertrag, durch

1) 1. 5 § 8, D. 27, 9.
2) L. 7, C. d. reb. alienis non alienandis, 4, 51.

den das Recht an einem Gegenstand auf einen anderen übertragen wird[1]). Belastung und Aufgabe des Rechts fallen also nicht mehr unter den Begriff der Veräußerung, sondern werden vom Gesetz als etwas Besonderes neben der Veräußerung genannt, so z. B. in den §§ 314, 353, 445, 493, 1111 Abs. 2 u. A.

Da der Begriff der Veräußerung in dieser engen Auffassung des BGB. in dem Begriff des Veräußerungsverbots Anwendung findet, so liegt auf den ersten Blick die Vermutung nahe, daß die Veräußerungsverbote nur solche Veräußerungen in ihren Wirkungsbereich zögen, sodaß sie nur die Übertragung eines Rechts verbieten, Verzicht und Belastung dagegen nicht hindern könnten. Dem ist jedoch keineswegs so; denn solch eng gefaßte Veräußerungsverbote wären natürlich höchst mangelhaft und praktisch bedeutungslos, da die direkte Veräußerung sich in mannigfacher Weise umgehen ließe und somit das Veräußerungsverbot den Verlust des betr. Vermögensgutes zu vereiteln nicht im Stande wäre.

Dieser Begriffseinengung des Ausdrucks „Veräußerung“ können wir jedoch bei der Terminologie des Veräußerungsverbots entgehen. Denn das BGB. hat in der Fassung seiner §§ 135—137 durch Einsetzung des Begriffs „Verfügung“ allen praktischen Anforderungen der Veräußerungsverbote, daß nämlich nicht nur die Übertragung, sondern auch alle sonstigen dem Verbotszweck zuwiderlaufenden Maßnahmen des Berechtigten untersagt werden, Rechnung getragen. Infolge dieses Umstandes nämlich ist als Zuwiderhandlung gegen ein Veräußerungsverbot jede beliebige Verfügung über den Gegenstand anzusehen.

---

1) Enneccerus, § 134, II.

So heißt es im § 135: „Verstößt die Verfügung über einen Gegenstand gegen ein gesetzliches Veräußerungsverbot", und der das rechtsgeschäftliche Veräußerungsverbot behandelnde § 137 spricht von der „Befugnis zur Verfügung über ein veräußerliches Recht".

Unter Verfügung des BGB. haben wir alle diejenigen Rechtsgeschäfte zu verstehen, durch welche nicht eine obligatorische Verpflichtung erzeugt, sondern eine Rechtsänderung unmittelbar bewirkt, also unmittelbar ein Sachenrecht begründet oder ein Recht übertragen, belastet, geändert oder aufgehoben wird.

Die erwähnte Zusammenstellung der Ausdrücke „Verfügung" und „Veräußerung" im § 135 ist allerdings eine ungenaue Fassung des Gesetzes; denn da die Veräußerung eine Unterart der Verfügung ist, so liegt der eigenartige Fall vor, daß gegen das Verbot der Veräußerung, des engeren Begriffes, die Verfügung, der weitere Begriff, verstößt. Ein Veräußerungsverbot verbietet streng genommen nur eine Art der Verfügung, die Veräußerung; sollen auch andere Verfügungen verboten sein, so müßte das Gesetz, welches dieselben ausschließt, als ein Verfügungsverbot oder als eine Verfügungsbeschränkung bezeichnet werden. Daß jedoch das BGB. bei dem Wort „Veräußerungsverbot" ein Verbot in diesem weiteren Sinne im Auge hat, kann nicht zweifelhaft sein, was durchgängig anerkannt und auch durch die Entstehungsgeschichte des § 135[1]) klar bewiesen wird. Die unrichtige Ausdrucksweise läßt sich historisch erklären; das BGB. hat den Begriff des Veräußerungsverbots als terminus

1) Mot. I, 213.

technicus vom gemeinen Recht übernommen, ohne ihn an den von ihm ungeprägten Begriff der Veräußerung anzupassen. Das Ergebnis ist demnach, daß das Wort „Veräußerung“ hier nicht richtig im heutigen technischen Sinne und also auch „Veräußerungsverbot“ nicht wörtlich, sondern darüber hinaus als Verfügungsbeschränkung zu verstehen ist[1]).

Wenn wir daher von Veräußerungsverboten sprechen, meinen wir nicht nur, daß dem Berechtigten die Übertragung eines Rechts verboten sein soll, sondern wir bringen damit allgemein zum Ausdruck, daß jegliche Rechtsübertragung, Belastung, Änderung, Aufhebung untersagt ist.

Dies vorausgeschickt, können wir die Begriffsbestimmung setzen: Veräußerungsverbot ist diejenige Anordnung, durch welche dem Berechtigten die Verfügung über ein ihm zustehendes Vermögensrecht entzogen wird.

Insofern ist der Begriff des Veräußerungsverbots noch einzuschränken, daß als solches nur ein Verbot bezeichnet wird, das jegliche Verfügungsbefugnis entzieht, also die Verfügung mit jedem beliebigen Vertragsgegner untersagt; eine Verfügungsbeschränkung, die nur einem bestimmten Gegenkontrahenten gegenüber gilt und sich nicht aus einem Mangel im Rechte des Verfügenden ergibt, ist kein Veräußerungsverbot; z. B. wenn das Gesetz die Veräußerung eines Grundstücks an eine ausländische juristische Person verbietet[2]).

Natürlich ist das Vorliegen eines Veräußerungsverbotes auch für die Fälle zu verneinen, wo nur der äußere Vorgang des Rechtsgeschäfts verboten wird,

---

1) Neumann, Handausgabe des BGB., § 135 Anmerk. 3.

2) Raape, 31.

d. h. wo sich das Verbot nur auf die Umstände des Abschlusses, z. B. auf den Vertragsschluß an Sonntagen bezieht. Die durch das Geschäft in diesem Falle bewirkte Vereinbarung der privaten Rechtslage ist dem Gesetzgeber überhaupt gleichgültig; nur die ungeeignete Vornahme der verbotenen Rechtshandlung bildet „eine Störung des Zusammenlebens im Staate oder in der Gesellschaft, ein für den Staat und die Gesellschaft nicht gleichgültiges und darum zu bekämpfendes Ereignis“ [1]). Alle von derartigen gesetzlichen Verboten betroffenen Rechtsgeschäfte sind wegen des Verstoßes gegen das Verbot keineswegs nichtig, wenn sie auch mit Strafen bedroht sind; z. B. §§ 41a und 55a GewO., welche den Handel an Sonn- und Festtagen verbieten.

§ 3.

Singularität des Veräußerungsverbots.

Nachdem wir im vorhergehenden Abschnitt festgestellt haben, daß es sich bei dem Veräußerungsverbot um eine Beschränkung der Verfügungsmacht handelt, gilt es nunmehr, einen Anhalt dafür zu gewinnen, wann ein Verbot in dem gesuchten Sinne vorliegt. Können wir mit anderen Worten überall da ein Veräußerungsverbot erblicken, wo eine Veräußerung oder Verfügung verboten wird?

Die Frage ist von Bedeutung für die Abgrenzung des Anwendungsgebietes der §§ 134 und 135, d. h. damit wir die Fälle kennen lernen, auf die diese Bestimmungen gemünzt sind. Die Ansichten, welche Gesetzesnormen als Veräußerungsverbote anzusprechen sind, gehen sehr auseinander, da in der Literatur über

1) Gareis, § 134 Anm. 5.

die Voraussetzungen des Veräußerungsverbots noch große Unklarheit besteht.

Es ist das Verdienst von Raape, zuerst auf die „Singularität“ als das Kennzeichen des Veräußerungsverbots hingewiesen und somit den Begriff desselben abgegrenzt zu haben[1]). Mit Recht stellt nämlich Raape fest, daß da von einem Veräußerungsverbot keine Rede sein kann, wo das Gesetz einer Verfügung regulärer Weise aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen heraus die Wirksamkeit abspricht. Die Anwendung der §§ 134, 135 ist in solchen Fällen ausgeschlossen. In positive Fassung gebracht sind Veräußerungsverbote als Ausnahmevorschriften, als „singuläre“ Verbote zu bezeichnen.

Diese Voraussetzung der Singularität ergibt sich einmal aus der Tradition, daß man von jeher mit dem Veräußerungsverbot den Gedanken an etwas ausnahmweises verknüpfte[2]); ferner kommt dazu, daß die Motive[3]) ausdrücklich einmal den singulären Charakter des Veräußerungsverbots hervorgehoben haben.

Freilich was heißt singulär? Das Gegenteil ist regulär. Singulär ist es z. B. daß der Ehemann den in seinem Eigentum befindlichen fundus dotalis nicht veräußern kann, während es die Regel ist, daß das Eigentum ein übertragbares Recht ist; das Gesetz will es jedoch hier nun einmal so kraft besonderer Bestimmung, die in irgend welchen Zweckmäßigkeitserwägungen ihren Grund hat. — Regulär ist es dagegen, daß eine Veräußerung nicht stattfinden soll, weil der

---

1) Raape, 2, 12. Vgl. Enneccerus § 135 II, 1.

2) Raape, 4, 22 ff.

3) Mot. II, 615: „Ein solches Verbot bleibt indessen immer eine Anomalie“.

betr. Gegenstand unveräußerlich ist (z. B. Nießbrauch; hierher gehört auch die aus § 93 BGB. folgende Beschränkung: die Unmöglichkeit, ein Stockwerk zu veräußern) oder weil es an den rechtlichen Voraussetzungen fehlt, z. B. Verfügungsbefugnis, Geschäftsfähigkeit. Diese Bestimmung des Verbots ist aus allgemeinen Rechtsprinzipien herzuleiten und keine Ausnahme- d. h. singuläre Vorschrift.

Zur Bestimmung des Anwendungsgebiets der Veräußerungsverbote läßt sich kurz sagen, daß dasselbe nur die von Haus aus übertragbaren Rechte und von Haus aus veräußerlichen Sachen betrifft; denn ein die Verfügung über solche Gegenstände hinderndes Verbot ist eben nicht regulär, sondern singulär und somit ein Veräußerungsverbot. Wie sich später bei der näheren Prüfung der einzelnen Vorschriften zeigen wird, kann man jedoch über die Frage der Singularität zuweilen verschiedener Ansicht sein.

§ 4.

Arten der Veräußerungsverbote.

Wie das gemeine Recht, so unterscheidet auch das BGB. die gesetzlichen, richterlichen und behördlichen von den nur auf Rechtsgeschäft beruhenden Veräußerungsverboten, je nachdem es sich bei dem Verbot um eine Anordnung des Gesetzes, des Richters oder des Willens einer Privatperson handelt. Diese Einteilung ist zwar für die Methodik einfach und wegen der verschiedenen Behandlung zweckmäßig, jedoch ist die Ausdrucksweise nicht streng logisch[1]). Denn mittel-

1) Mot. I, § 107.

bar beruhen auch die richterlichen und rechtsgeschäftlichen Veräußerungsverbote auf dem Gesetz, sodaß also das Gesetz nicht wieder dazu dienen kann, eine Gruppe besonders zu kennzeichnen. Sowohl ein richterliches wie auch ein rechtsgeschäftliches Veräußerungsverbot würde ja „ohne gesetzliche Basis null und nichtig sein“ [1]). Ihr Unterschied gegen das gesetzliche Veräußerungsverbot besteht eben darin, daß sie nicht wie dieses unmittelbar auf Grund des Gesetzes zur Entstehung und Wirksamkeit gelangen; beim richterlichen Verbot ist das Gesetz bloß Norm für den Richter. Wenn man von dem Unterschiede zwischen gesetzlichen Veräußerungsverboten einerseits und richterlichen und rechtsgeschäftlichen andererseits redet, so will man damit zum Ausdruck bringen, daß für die letzteren Vorraussetzung ist der Befehl des Richters, oder der Wille einer Privatperson, während bei den ersteren das Verbot lediglich an das Vorliegen eines gewissen, vom Gesetz normierten Tatbestands geknüpft ist [2]) (z. B. die Bestellung der dos).

Unter den rechtsgeschäftlichen Veräußerungsverboten sind wieder ihrem Ursprung nach zu unterscheiden vertragsmäßige und letztwillige. Ein vertragsmäßiges Veräußerungsverbot beruht auf Übereinkunft zwischen den Parteien. Das letztwillige wird durch eine Verfügung von Todeswegen festgesetzt und kann sowohl einem Erben wie einem Vermächtnisnehmer auferlegt werden.

Eine andere Einteilung als nach der Ursache der Entstehung der Veräußerungsverbote läßt sich noch nach dem Inhalt der Wirkung machen. Einmal nämlich

---

1) Kuhlenbeck, JW. 25, S. 263 ff.

2) Brütt, 14.

wirkt das Verbot auch gegen Dritte, hat also dingliche Kraft. Das Verbot kann aber andererseits eine viel weniger intensive Wirkung ausüben, indem es nur zwischen den Parteien, also obligatorisch wirkt; dann kann der Inhaber sein Recht mit voller Gültigkeit übertragen, ohne daß die Rechtsnachfolger mit Erfolg belangt werden können. Der Inhaber selbst wird nur im Falle des Ungehorsams obligatorisch verpflichtet, demjenigen, zu dessen Gunsten das Verbot erlassen ist, Schadensersatz zu leisten.

A. Die gesetzlichen Veräußerungsverbote.

§ 5.

1. Geschichtlicher Rückblick.

„Die gesetzlichen Veräußerungsverbote spielen seit Augustus eine große Rolle. Sie entsprachen den Anschauungen einer allmählich der Erstarrung verfallenden Gesellschaft und wurden im Laufe der Kaiserzeit immer mehr gesteigert. Allerdings wirken die meisten dieser Verbote nur temporär, sie können aber doch auf eine lange Reihe von Jahren hinaus auf dem Eigentum lasten und damit die Freiheit des Verkehrs vollständig hemmen“ [1]).

Im gemeinen Recht wurden sie teils abgeschwächt, teils beseitigt. Folgende bewahrten auch im Gemeinrecht ihre Geltung:

1. das Veräußerungsverbot des Dotalgrundstücks, das gegen den Mann, den Eigentümer des fundus dotalis, gerichtet ist [2]),

1) Dernburg, P. I § 217.

2) L. 1. pr. D. de fundo dot. 23,5.

2. das Veräußerungsverbot an den Vater, wegen der bona adventicia des Hauskinds[1]),
3. das Veräußerungsverbot von Mündelgütern ohne obervormundschaftliche Genehmigung nach der Oratio Severi[2]),
4. das Veräußerungsverbot für Gegenstände eines Vermächtnisses[3]).

Von einer Darstellung jedes einzelnen dieser Verbote soll abgesehen werden, da es den Rahmen dieser Abhandlung, die in erster Linie die Veräußerungsverbote des heutigen Rechts zum Gegenstande hat, überschreiten dürfte. Da ferner die den in Betracht kommenden gesetzlichen Veräußerungsverboten beigelegten Rechtsfolgen meist übereinstimmen, so erscheint eine zusammenfassende Erörterung der Regeln angängig.

Prüfen wir zunächst, wie sich die römischen Quellen und das gemeine Recht zu der Frage über die Einwirkung des Verbots auf die Veräußerung, also das dingliche Geschäft, verhalten, so ergibt sich, daß das Verbot als lex perfecta im Falle einer zu Unrecht vorgenommenen Verfügung regelmäßig völlige Unwirksamkeit derselben hervorruft. Das Veräußerungsverbot verhindert nicht nur die Übertragung des Eigentums an dem zu schützenden Vermögensgute[4]),

---

1) L. 1. C. de bon. mat. 6,60; L. 6 § 1 C. de bon. quae lib. acquir. 6,61.

2) L. 1. § 2 D. reb. eor. 27,9.

3) l. 3 § 2,3 C. Comm. d. leg. 6,43.

4) l. 11 § 1 D. de fund. dot. 23,5 (ut alienari non possit) l. 5 pr. D. de reb. eor. 27,9 (impediri alienationem) § 14 eod. (nullam esse venditionem) l. 7 § 3 eod. (nihil egisse) l. 16, C. de praed. rel. al. 5,71 (dominium a te discedere non potuit)

sondern auch die Belastung, sowie die Aufgabe dinglicher Rechte[1]).

Bedeutsam für das gemeine Recht ist der Umstand, daß die Nichtigkeit der Veräußerung stets auch dann eintritt, wenn der Bewerber gutgläubig ist, d. h. bei dem Erwerbe das Bestehen des Verbots nicht kennt.

Es entsteht noch die Frage, wer die Nichtigkeit geltend machen kann; jeder, der überhaupt ein Interesse hieran hat, wie dieses in manchen Fällen bei dem Veräußerer selbst vorliegen kann oder nur derjenige, welcher in erster Linie geschützt sein soll. Die Frage ist nach dem Standpunkt der herrschenden Meinung[2]) unbedenklich in jenem ersteren Sinne zu beantworten; denn die Unwirksamkeit ist eine absolute, die Lage ist rechtlich so gestaltet, als sei die verbotswidrige Veräußerung überhaupt nicht erfolgt. Es ist also der Veräußerer selbst zur Vindikation der veräußerten Sache berechtigt, auch wenn das Veräußerungsverbot nicht in seinem Interesse erlassen ist. Die Bedeutung dieses Ergebnisses ergibt sich vor allem daraus, daß die Veräußerungsverbote illusorisch wären, wenn nicht

---

L. 42 D. de usurp. 41,3 (venditio non valet) L. 8, C. de praed. min. 5,71 (in dominio permansit) L. 3, C. eod. (illibata vobis persecutio manet) L. 11, C. eod. (retinetur dominium) L. 5, C. de distir. pign. 8,28 (alienatio propietatis tuae non aufert) RGE. 6,170; 16,106; 17,300.

1) L. 3 § 5 D. de reb. eor. 27,9; L. 17, C. de reb. al. 4,51.

2) Dernburg, P. Bd. 1 § 217 Anm. 7, Bd. 3 § 18 Anm. 11; Vangerow, P. Bd. 1 § 218 S. 396 Anm. 3, § 299 S. 549; Windscheid, P. § 172a Anm. 2; Oehlschläger S. 53, 54, 77; Seuffert, A. Bd. 19 Nr. 161; Glück Bd. 16 S. 46 ff.; Brandis S. 190; Pagenstecher S. 71 ff., 80/81; Seuffert, E. A., S. 79, Arndts, P. § 132; L. 27 D. 26,7.

gerade dem Veräußerer die Rückforderung zugebilligt würde[1]).

Es steht zwar seiner Eigentumsklage die exceptio rei venditae et traditae des Erwerbers entgegen, wenn das der Veräußerung zu Grunde liegende Verpflichtungsgeschäft, z. B. der Kauf, gültig ist (d. h. wenn der Erwerber beim Vertragsabschluß das Verbot nicht kannte, wie nachher gezeigt werden soll). Allein diese an sich begründete Einrede ist wirkungslos, weil sie durch eine auf die Verbotswidrigkeit der venditio und traditio sich gründende replicatio entkräftet wird[2]).

In einem Falle aber tritt die exceptio doli des Erwerbers der rei vindicatio erfolgreich entgegen, wenn die Vindikation des Veräußerers deswegen als unangebracht erscheint, weil die tatsächlichen Voraussetzungen des Veräußerungsverbots weggefallen sind, z. B. wenn der Vormund den Mündel beerbt[3]).

Betrachten wir weiterhin die Wirkungen des gesetzlichen Veräußerungsverbots bei Zuwiderhandlungen in Bezug auf das zu Grunde liegende obligatorische Rechsgeschäft; mit anderen Worten, wir wollen sehen, ob infolge des verbotswidrigen Vertrags eine gültige Verpflichtung zu der Verfügung begründet wird, oder ob der Vertrag wirkungslos ist.

Die Meinungen sind geteilt. Gegen die Wirksamkeit des Vertrags treten vornehmlich Schroeder[4]) und

---

1) Vergl. prakt. Anwendung Wurzel S. 45 ff.

2) L. 1. § 5 D. de exc. rei vend. 21,3; Kohler, Ges. Abh. 227.

3) Puchta, Vorles. I § 145, II § 417; Fitting i. Arch. f. zivil. Prax. Bd. 42, 168 ff.; Oehlschläger S. 27.

4) Schroeder §§ 2 und 7.

Kohler[1]) ein; jener sieht die Ungültigkeit als eine notwendige Folge des gesetzlichen Veräußerungsverbots, letzterer teilt aus Utilitätsrücksichten diese Ansicht. — Dem kann jedoch nicht beigetreten werden; denn der Zweck des Veräußerungsverbots wird vollkommen durch die Unwirksamkeit des dinglichen Aktes erreicht.

Schroeder kann auch nicht, wie er meint, aus den Quellen einen Beweis für die Vernichtung der Obligation entnehmen. Er stützt seine Ansicht einmal auf einen Ausspruch von Severus und Caracalla in L. 1. C. de fundo dotali 5,23[2]): „Est autem alienatio omnis actus, per quem dominium transfertur." Es ist jedoch der Nachdruck nicht auf die Worte „omnis actus", sondern auf „dominium" zu legen, sodaß alienare gleichbedeutend ist nur mit dominium transferre, d. h. aufgeben eines dinglichen Rechts[3]). — Schroeder weist des weiteren[4]) auf die zahlreichen Quellenstellen hin, in denen gesagt wird: venditio nulla est, venditis non valet usw.; mit Recht aber hebt hierzu Windscheid[5]) hervor, daß die Quellen mit diesen Ausdrücken, indem sie die Begriffe venditio und alienatio identifizieren, nur die dingliche Wirksamkeit, nicht aber auch die obligatorischen Wirkungen des Verkaufs feststellen wollen; sie bezeichnen deshalb auch sonst häufig einen Kauf als unwirksam, wenn er zwar

---

1) Kohler i. krit. Vierteljahrschr. Bd. 19, 143 ff. und gesamm. Abh. S. 222 ff.; zustimmend Randa S. 198 Anm. 3; Dernburg, P. I § 217 S. 114.

2) Schroeder, S. 27/28.

3) Czyhlarz, ZS. f. ZR. und Pr. Bd. 22,415.

4) S. 28.

5) Windscheid, P. II § 389 Anm. 2.

beide Teile verpflichtete, aber seinen Hauptzweck, unentziehbaren Besitz zu übertragen, nicht erfüllen konnte[1]).

Allein haltbar ist daher die andere Ansicht[2]), die dem obligatorischen Geschäft die Gültigkeit nicht prinzipiell abspricht, indem sie das entscheidende Gewicht auf das subjektive Verhalten des Erwerbers beim Abschluß des verbotswidrigen Vertrags legt. Sie nimmt für den Fall, daß der Erwerber in gutem Glauben gehandelt hat, die Gültigkeit der Obligation an; die Nichtigkeit also, wenn 1. beide Parteien das Veräußerungsverbot kannten. In diesem Fall ist die Folge der Nichtigkeit berechtigt, da die Parteien den Vorwurf des rechtswidrigen Handelns auf sich laden, sodaß die der Obligation anhaftende Eigenschaft der Widerrechtlichkeit deren Nichtigkeit herbeiführen muß[3]). Aber auch wenn nur der Erwerber das Verbot kannte, so ist von vornherein das obligatorische Geschäft nichtig, da er sich zum Gläubiger einer Leistung macht, deren Unmöglichkeit er kannte, und er also hieraus keine Rechte herleiten kann. Die Gründe für die Annahme der Gültigkeit bei Gutgläubigkeit des Erwerbers sind verschiedene: die römischen Quellen selbst reden in vielen Fällen der Zuwiderhandlung davon, daß obligatorische Ansprüche sich aus dem zu Grunde liegenden Rechsgeschäfte ergeben. Als ein weiteres Argument für die Gültigkeit der Obligation bei Gutgläubigkeit des Erwerbers sind die römischen Lehren über den Verkauf eines

---

1) L. 63 pr. D. de contr. empt. 18, 1.; L. 88 § 14 D. de leg. II; L. 77 § 27 D. eod.; L. 2 D. de fund. dot. 23,5.

2) Seuff. A. 31,339; Brandis ZS. f. ZR. u. Pr. VII 180; Vangerow, P. S. 549; Schmidt, bes. Teil I, 34; Glück, P. 16,48; Lauck, S. 2.

3) Schroeder, S. 30.

freien Menschen und einer res extra commercium[1]) heranzuziehen; denn wenn hier das obligatorische Geschäft über die Veräußerung einer gänzlich dem Verkehr entzogenen Sache als gültig anzusehen ist, so muß dies umsovielmehr der Fall sein bei dem obligatorischen Geschäft über die Veräußerung einer Sache, für welche nur ein meistens vorübergehendes Veräußerungsverbot besteht[2]).

Diese Frage ist deshalb von praktischer Wichtigkeit, da sich aus der obligatorischen Wirksamkeit des Geschäfts die Vertragsklage (z. B. die actio empti) wenn auch nicht auf die Leistung, so doch auf das Erfüllungsinteresse ergibt[3]). Hierdurch wird jene Härte gegenüber dem gutgläubigen Erwerber gemildert, daß dieser bei dem durch die Zuwiderhandlung gegen das Verbot erzeugten Interessenstreit vor dem Veräußerer weichen muß.

Dem gutgläubigen Erwerber wird zwecks Geltendmachung seiner Entschädigung eine Retentionseinrede in Gestalt einer exceptio doli gegenüber der Vindikation des Veräußeres gegeben[4]).

Kannte der Erwerber das Verbot, so hat er keinen Anspruch auf das Erfüllungsinteresse, da in

---

1) L. 70 D. de contr. empt. 18, 1; L. 4—6, D. eod., L. 34 § 2 eod., L. 4, D. quib. ad. libert. 40, 13, L. 39 § 3 D. de ev. 21, 1; § 5 J. de empt, 3, 23.

2) Oehlschläger S. 18.

3) L. 3 § 4. C. 6, 43; L. 5 § 1 C. 8, 36; Nov, 22 cap. 24, nov. 61 cap. 1 § 4.

4) L, 13 § 1 D. de reb. eor. 27, 9; L. 14 C. de praed. rel. al. 5, 71; Oehlschläger S. 35; Seuffert, P. I § 124 Anm. 6; Arndts, P. § 402 Anm. 2 § 132; Pagenstecher, I, 72; Puchta, Vorles. I § 145; Brinz, P. III 697.

diesem Falle das Veräußerungsgeschäft auch obligatorisch nichtig ist. Der Erwerber kann aber ungeachtet seiner Mala fides nach dem Standpunkt der herrschenden Meinung[1]) auch Rückerstattung des gezahlten Kaufpreises oder seiner sonstigen Gegenleistung sowie anderer Verwendungen auf die Sache mit der Bereicherungsklage beanspruchen und zwar auch wieder im Retentionswege[2]).

Von besonderer Wichtigkeit schließlich ist die viel erörterte Frage, ob eine die Veräußerung verbietende gesetzliche Anordnung im Stande ist, auch die Ersitzung einer ihr unterliegenden Sache auszuschließen; mit anderen Worten, kann Eigentum, das ja im Fall der Zuwiderhandlung nicht auf den Erwerber übergeht, von diesem durch Ersitzung erlangt werden?

Bei der Beantwortung dieser Frage stehen sich 3 Meinungen gegenüber:

Nach der herrschenden Meinung[3]) ist die Ersitzung durch ein gesetzliches Veräußerungsverbot ohne weiteres ausgeschlossen. — Diese Ansicht entspricht jedoch einerseits nicht dem Begriff der Veräußerung, dem Gegenstand des Verbots, da dieselbe einen Willensakt

---

1) Vangerow, P. III, 410; Schroeder S. 41; Windscheid, II § 423 S. 885; Kohler, krit. Viert. Bd. 19 S. 152; Arndts, P. § 345, 2b; Oehlschläger S. 36; Pagenstecher S. 71; Wurzel S. 60.

2) Pernice, Vorles. § 92, Seuffert, E. A., S. 79 u. Note 12; Pagenstecher S. 71.

3) Vangerow, P. I § 317 S. 585; Windscheid-Kipp, P. I § 182 Anm. 14; Bachmann, röm. Dotalrecht Abt. II S. 451; Czyhlarz, Bd. 22 S. 419 ff.

des Veräußernden fordert, andererseits steht sie auch mit den Quellen selbst in Widerspruch; denn in L. 16 D. de fund. dot 23. 5 wird hervorgehoben, daß eine schon begonnene Ersitzung durch das spätere Eingreifen eines Veräußerungsverbotes nicht gehemmt werde; ein Veräußerungsverbot macht demnach die ihm unterworfene Sache nicht schlechthin ersitzungsunfähig.

Eine andere Ansicht, die von Savigny[1]) und besonders von Fitting[2]) aufgestellt ist, besagt, daß „nur die Ersitzung auf Grund (Titel) einer dem Verbote zuwiderlaufenden Veräußerungshandlung des durch das Verbot Beschränkten gehindert werde." — Hiergegen ist einzuwenden, daß das der Veräußerung zu Grunde liegende Rechtsgeschäft garnicht in allen Fällen nichtig ist, sondern nur wenn der Erwerber mala fide war, sodaß es sehr wohl einen justus titulus für die Ersitzung zu begründen vermag.

Die dritte m. E. allein haltbare Ansicht von Dernburg[3]) und Schroeder[4]) nimmt an, daß das Ersitzenlassen („usucapi pati") eine Art der Veräußerung sei und daher vom Verbot gehindert werde.

Dies erhellt, wenn man von der Natur des Verbots ausgeht: Letzteres wendet sich an den Willen der betr. Person, z. B. den die dos empfangenden

---

1) Savigny, System IV. S. 565 ff.; Kohler, krit. Viert. Bd. 19 S. 145 ff. RGE. Bd. 19 S. 276.

2) Fitting, Arch. f. die zivil. Prax. Bd. 47 S. 140 ff., Bd. 51 S. 252.

3) Dernburg, P. I § 217.

4) Schroeder S. 7 ff.

Ehemann, er solle nicht willentlich einen Rechtsverlust herbeiführen. Eben darum kann man die von einem Dritten vollendete Ersitzung nur dann als etwas dem Verbot Widersprechendes ansehen, wenn sich ein wissentliches und gewolltes Zulassen derselben durch die im Verbot gemeinte Person behaupten läßt; diese muß also eine Handlung absichtlich unterlassen haben, um ihr Recht zu verlieren. Durch das Ersitzenlassen ermöglicht sie den Rechtserwerb seitens des Dritten und führt, wenn allerdings auch nur mittelbar, den Verlust ihres Rechtes und dessen Hinübergehen in den Rechtskomplex eines anderen herbei; in diesem Falle ist eben subjektiv d. h. mit Beziehung auf sie und ihre Absicht eine Veräußerung vorhanden, die das Verbot verhindern will. Es ist also daran festzuhalten, daß als Veräußerungen beim gesetzlichen Verbot nicht nur Rechtsgeschäfte des Verlierenden zu denken sind, sondern jede willentliche Herbeiführung eines Vermögensverlustes; dabei ist es gleichgültig, ob der Erwerber den Besitz auf Grund eines mit dem Berechtigten abgeschlossenen Rechtsgeschäfts oder auf irgend eine andere Weise erlangt hat.

Es ist noch kurz die Frage zu berühren, ob der Verlust von Servituten durch „non usus oder usucapio libertatis“ als eine verbotene Veräußerung anzusehen ist. Der Zusammenhang zwischen diesem Rechtsvorgang und der Ersitzung liegt nahe; daher steht auch die Entscheidung für die gesetzlichen Veräußerungsverbote grundsätzlich im Einklang. Das gesetzliche Veräußerungsverbot hindert stets den Verlust einer Servitut. Denn der Untergang einer Servitut hat lediglich seinen Grund in dem aus

der Veräußerungsabsicht hervorgegangenen Verhalten des Servitutberechtigten, das einer Veräußerung gleichsteht[1]).

2. Die gesetzlichen Veräußerungsverbote nach geltendem Recht.

§ 6.

Einteilung der gesetzlichen Veräußerungsverbote.

Innerhalb der gesetzlichen Veräußerungsverbote unterscheidet das BGB. abweichend vom römischen Recht[2]) nach Maßgabe des von ihnen verfolgten Zweckes zwei Gruppen: einmal diejenigen, welche dazu bestimmt sind, dem öffentlichen (sozialen) Interesse zu dienen, ohne jedoch diesen Ausdruck selbst zu gebrauchen, sodann diejenigen, welche nur den Schutz bestimmter einzelner[3]) Personen bezwecken, was sich aus folgenden Worten des § 135 ersehen läßt: „. . . . . gesetzliches Veräußerungs verbot, das nur den Schutz bestimmter Personen bezweckt"; sogenannte absolute und relative Veräußerungsverbote. Ihrem Zweck entsprechend haben diese Verbote auch verschieden gestaltete Wirkungen.

Was als Unterscheidungsmerkmal für die Einteilung in absolute und relative Veräußerungsverbote

---

1) Hünerfeld S. 49 ff.

2) Francke S. 19.

3) Schutz „bestimmter" Personen ist nicht gleichbedeutend mit Schutz von personae certae, auch braucht der Kreis dieser einzelnen Personen kein fest geschlossener zu sein; als Gegensatz ist lediglich der Schutz der allgemeinen Interessen zu denken. Vgl. Enneccerus § 135 Anm. 3.

zu gelten hat, darüber gehen die Ansichten auseinander. Manche unterscheiden nur nach dem Zweck des Verbots, der Schutztendenz, ohne auf die Folgen des Verbots einzugehen. Andere lassen für die Terminologie die Verbotswirkungen maßgebend sein. Dritte führen als Kriterium den Zweck und die Wirkung an: sie nennen absolut solche, die im Interesse der Allgemeinheit erlassen sind und die Nichtigkeit der Zuwiderhandlung im Gefolge haben, relativ solche, die nur zum Schutze bestimmter Personen erlassen sind und die Unwirksamkeit nur diesen Personen gegenüber zur Folge haben.

Die Ausdrücke „absolut" und „relativ" werden also sowohl auf die Schutztendenz wie auf die Verbotswirkungen bezogen.

M. E. wird man im Zweifel die Wirkung als Kriterium des Veräußerungsverbots anzunehmen haben. Andernfalls müßte man bei den Verboten, die zu Gunsten einer bestimmten dritten Person ergehen, aber dennoch ausnahmsweise kraft gesetzlicher Bestimmung absolut wirken, von relativen Veräußerungsverboten reden (z. B. die Verfügungsbeschränkung der Ehefrau, die nur zum Schutz des Mannes ergeht, § 1395). Von einem relativen Veräußerungsverbot mit absoluter Wirkung zu reden, wäre aber sehr schwerfällig[1]).

§ 7.

Die gesetzlichen Veräußerungsverbote im öffentlichen Interesse.

§ 134 stellt die allgemeine Regel auf: „Ein Rechtsgeschäft, das gegen ein gesetzliches Verbot verstößt,

1) Raape S. 98; Kohler Bd. 1 S. 158.

ist nichtig, wenn sich nicht aus dem Gesetz ein anderes ergibt."

In diesem weiteren Begriff des gesetzlichen Verbots sind auch die im öffentlichen Interesse erlassenen gesetzlichen Veräußerungsverbote, welche das BGB. nicht gesondert behandelt hat, mit enthalten. Unter diese absoluten Verbote fallen nicht nur die ausdrücklichen Bestimmungen des BGB. selbst, sondern auch diejenigen Verbotsgesetze, die in anderen Reichsgesetzen und in den vom BGB. unberührt gebliebenen Landesgesetzen enthalten sind.

Das BGB. selbst enthält zahlreiche Bestimmungen der Unübertragbarkeit eines Rechts, die auch gewöhnlich als absolute Veräußerungsverbote bezeichnet werden; man folgert nämlich irrigerweise: Gleiche Wirkung — gleiche Ursache. Gehen wir jedoch von dem früher aufgestellten Satze aus, daß Veräußerungsverbot nur die singuläre Hinderung der Verfügung bedeutet, so finden wir das negative Resultat, daß in fast keiner all dieser Vorschriften ein absolutes Veräußerungsverbot enthalten ist, da sie die Veräußerung des Rechts meist im Einklang mit seiner eigenen Natur, also regulärerweise hindern; denn es handelt sich in der Regel um solche Ansprüche und Rechte, welche ihrem Inhalt und ihrem Wesen nach mit einer bestimmten Person eng verknüpft sind. Dies soll im folgenden an Hand einiger Beispiele klar gemacht werden, ohne aber die vielen einzelnen als Veräußerungsverbote in Betracht kommenden Normen kasuistisch durchzugehen.

Als Musterbeispiel für die absoluten Veräußerungsverbote erscheint oft die Vorschrift des § 1059, wonach der Nießbrauch nicht übertragbar ist. Ein Ver-

äußerungsverbot könnte sie nach unserer Ansicht nur sein, wenn sie etwas Regelwirdriges wäre. Dem ist aber nicht so. Denn die Übertragbarkeit des Nießbrauchs widerspräche seiner Natur, seinem Wesen ebenso sehr, wie sie dem Wesen des Eigentums, des Erbbaurechts entspricht. Daraus folgt, daß die Norm des § 1059, die nur etwas Natürliches, Reguläres ausspricht, indem sie den Nießbrauch mit Rücksicht auf seine Eigenart für unveräußerlich erklärt, kein Veräußerungsverbot ist.

Was vom Nießbrauch gesagt ist, gilt für alle unübertragbaren Rechte; wenn das Recht von Haus auf nicht übertragbar ist, so bildet das ausdrückliche Verbot der Veräußerung keine singuläre Vorschrift. Hervorzuheben sind die Rechtsanteile (§§ 719, 1442, 1519, 1549, 2033 Abs. 2) und die Forderungen.

Was z. B. die Unübertragbarkeit gewisser Forderungen angeht, so ist es auch allgemein üblich, hier von Veräußerungsverboten zu sprechen[1]). Augenscheinlich läßt man sich von dem Gedanken leiten, daß alle Forderungen von Haus aus übertragbar seien. Die unveräußerlichen Forderungen betrachtet man deshalb als aus dem Kreis der veräußerlichen nachträglich herausgestoßen, und ihre Unübertragbarkeit erscheint so als sekundär, als singulär[2]). Doch wie bei den Rechten überhaupt, so ist auch bei den einzelnen Forderungen der Grundgedanke für die Unveräußerlichkeit, daß dieselbe zu dem Wesen und der Eigenart der betr. Forderung paßt. Die Verneinung der Ver-

1) Biermann, BR. § 53 Note 11; Cosack Bd. 1, S. 234 Bem. I 2; Crome Bd. 1 § 85 Z. 2 b, c; Dernburg Bd. 1 § 124 II 1; Staudinger § 135 Z. 8.

2) Raape S. 169.

äußerung ist eine Ausnahme, aber sie ist nicht singulär.

Da man z. B. die Ansprüche aus § 847 sowie der Verlobten aus der Beiwohnung (§ 1300), die Nutznießungsrechte am eingebrachten Gute der Frau (§ 1408) und am Kindesvermögen (§ 1658), den Anspruch auf Aussteuer (§ 1623) usw. zu den von Haus aus unveräußerlichen Forderungen zu rechnen hat, so enthalten diese Gesetzesnormen keine Veräußerungsverbote. Dasselbe trifft auf die Bestimmungen der unabtretbaren Arbeits- und Dienstlohnforderungen[1]) und Unterstützungsansprüche[2]) zu.

Die Zugehörigkeit zu den Veräußerungsverboten ist auch da zurückzuweisen, wo einer Person in Folge eines Anrechts einer anderen die volle Verfügungsmacht über einen Gegenstand nicht zusteht; (§§ 161 und 2113 ff.). Denn da zwischen dem Gebundenen und dem Anfallsberechtigten eine Art Mitherrschaft besteht, so handelt es sich bei dem Verbot auch um eine aus dem Wesen des betr. Rechtsinstituts gezogene Konsequenz, sodaß es an der Singularität der Veräußerungshinderung fehlt[3]).

Ein absolutes Veräußerungsverbot enthält dagegen der § 1395, wonach die Ehefrau an der Veräußerung mit absoluter Wirkung gehindert ist; denn hier haben die Gegenstände die Eigenschaft der Übertragbarkeit, sodaß in dem § 1395 eine singuläre Verfügungsbeschränkung zu erblicken ist. Daß allerdings in

---

1) §§ 115a, 116 GewO. § 850 CPO, § 1 und 2; RGes. v. 21. Juni 1869.

2) Ges. über Kranken-, Unfall-, Invaliditäts- und Alters-Versicherung und § 100 c GewO.

3) Raape S. 138 ff.

diesem Falle kein charakteristisches absolutes Veräußerungsverbot vorliegt, da es nicht den Schutz der Allgemeinheit, sondern nur einer bestimmten Person bezweckt und somit grundsätzlich als relatives Veräußerungsverbot des § 135 erscheint, haben wir schon weiter oben gesehen[1]).

Ein anderes absolutes Veräußerungsverbot steckt in § 2116, wo es heißt, daß der Vorerbe über die auf Verlangen des Nacherben in gewisser Weise hinterlegten Papiere nur mit Zustimmung des Nacherben verfügen könne.

Verbotsgesetz im Sinne des § 134 ist ferner der § 89b GewO.; hiernach bedarf die Innung insbesondere zur Veräußerung von Grundstücken oder von Gegenständen, welche einen geschichtlichen, wissenschaftlichen oder Kunstwert haben, der Genehmigung der Aufsichtsbehörde. Daß dieses Verbot ein echtes absolutes ist, ergibt sich daraus, daß die Innung die Sache gewissermaßen für die Allgemeinheit verwahren soll.

Ein absolutes Veräußerungsverbot enthält das Reichsgesetz vom 9. Juni 1884, wonach der Vertrieb und die Überlassung von Sprengstoffen ohne polizeiliche Genehmigung verboten ist (§ 33); das Viehseuchengesetz vom 26. Juni 1909 (§ 20 III).

Von landesrechtlichen Veräußerungsverboten sind als im öffentlichen Interesse ergangen anzuführen, die durch Art. 119 EG. z. BGB. aufrecht erhaltenen Vorschriften, welche im Interesse der Bodenkultur der Veräußerung, Zerteilung, Vereinigung von Grundstücken entgegentreten; für Preußen das Verbot in

---

1) Oben S. 32.

den §§ 6/9 des Gesetzes vom 24. Mai 1853, und in § 4 des Gesetzes vom 7. Juli 1891.

Gewisse juristische Personen des öffentlichen Rechts haben zur Veräußerung bedeutsamer Gegenstände, z. B. solcher von geschichtlichem Wert und von Grundstücken eine besondere Genehmigung nötig: die Stadt- und die Landgemeinde bedarf derjenigen des Regierungspräsidenten, der Bischof der des Oberpräsidenten. Städteordnung für die Rheinprovinz vom 15. Mai 1856 § 46 Z. 2; Städteordnung für die 7 östlichen Provinzen der preußischen Monarchie vom 30. Mai 1853 § 50 Z. 2; Landgemeindeordnung für die 7 östlichen Provinzen der Monarchie vom 3. Juli 1891 § 114 Abs. 1; Preußisches Diözesanaufsichtsgesetz vom 3. Juli 1891 § 114 Abs. 1.

Die Bestimmungen des § 134 für das gesetzliche Verbot sind, wie erwähnt, auch für das absolute gesetzliche Veräußerungsverbot maßgebend; § 134 bestimmt: „Ein Rechtsgeschäft, das gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, ist nichtig, wenn sich nicht aus dem Gesetz ein anderes ergibt."

Es bewirkt daher auch ein absolutes gesetzliches Veräußerungsverbot Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts, sofern sich nicht aus dem Gesetz ein anderes ergibt. Dieser Vorbehalt ist hier allerdings fast bedeutungslos, da die Nichtigkeit die regelmäßige Folge der Übertretung ist; denn der Zweck des absoluten Verbots besteht darin, die Veräußerung gänzlich zu verhindern.

Das absolute Veräußerungsverbot zieht also die Nichtigkeit der ihm zuwider laufenden Verfügung nach sich, d. h.: die Verfügung wird rechtlich nicht anerkannt, der Akt wird für unfähig erklärt, jemals eine rechtliche Wirkung hervorzurufen, der vor der verbotenen Verfügung vorhandene Rechtszustand bleibt

unverändert bestehen. Deshalb tritt der angestrebte Rechtserfolg weder jetzt ein noch kann er künftig eintreten, auch nicht durch nachträgliches Wegfallen der Nichtigkeitsgründe. Konvaleszenz ist mit anderen Worten ausgeschlossen. Selbstverständlich ist es jedoch, daß das Veräußerungsverbot, welches erst von einem bestimmten Zeitpunkt an in Wirksamkeit tritt, früher begründete Rechte bestehen läßt, auch wenn diese zu einer Verfügung führen, die durch das Veräußerungsverbot untersagt wird[1]).

Auf die Nichtigkeit kann sich jedermann berufen. Eines besonderen Rechtsaktes, um sie geltend zu machen, bedarf es nicht. Sie ist von Amtswegen zu berücksichtigen.

Wegen der absoluten Unwirksamkeit der Zuwiderhandlung greifen auch die Grundsätze über den gutgläubigen Erwerb (§ 932 ff.) einer beweglichen Sache oder eines Grundstücks nicht Platz; denn der gute Glaube ersetzt, wie auch die Motive[2]) es erklären, nur den Mangel in dem Rechte des Veräußerers, schützt den Erwerber aber nicht, wenn der Verfügungsakt selbst zugleich verboten und nichtig ist. So wirkt bei beweglichen Sachen die Nichtigkeit der Verfügung unbedingt auch gegen den gutgläubigen Erwerber[3]);

---

1) Rehbein S. 172.

2) Mot. I S. 212.

3) Aus diesem Grunde erblicke ich in § 2211, wo dem durch einen Testamentsvollstrecker beschränkten Erben die Verfügung untersagt wird, sowie im § 2129 kein absolutes Veräußerungsverbot; denn § 2211 und 2129 spricht den Schutz des gutgläubigen Dritten aus, sodaß nicht von einer Nichtigkeit, sondern nur Unwirksamkeit des Verfügungsaktes die Rede sein kann. Es ist daher weder § 134, noch § 135 als schlechthin maßgebend zu betrachten.

auch der öffentliche Glaube des Grundbuchs versagt; Auflassung und Eintragung gegen das Verbot bleiben wirkungslos, auch wenn das Grundbuch von dem Verbote nichts ergibt. Dies ist als argumentum a contrario aus § 892 Abs. 1 S. 2 zu folgern, der nur die zu Gunsten einer bestimmten Person bestehende Beschränkung in der Verfügung über ein im Grundbuche eingetragenes Recht und ihre Wirkung gegen Dritte von der Eintragung oder Kenntnis abhängig macht[1]). Der Ausschluß des gutgläubigen Erwerbs eines Grundstücks beim absoluten Veräußerungsverbot ist auch gerechtfertigt, da bei der Kollision der Interessen der Allgemeinheit und des einzelnen Erwerbers der gute Glaube des letzteren nicht berücksichtigt werden kann.

Hiermit steht die Frage in Zusammenhang, ob das absolute Veräußerungsverbot eintragungsfähig ist. Die herrschende[2]) Meinung verneint es, denn die Verfügungsbeschränkung wirke auch ohne Eintragung gegenüber dem Gutgläubigen, sodaß der Eintrag zwecklos sei. Letzteres wird von Dernburg[3]) und Kretzschmar[4]), denen ich mich anschließen möchte, bestritten und daher die Eintragung für statthaft erklärt: denn wenn auch dem Ersterwerber sein guter Glaube nichts nützt, so trifft dies bei der von diesem wieder erwerbenden Person zu. Um das zu verhüten, bedarf es der Eintragung.

---

1) Rehbein S. 172 b.

2) Güthe, Bd. 1 S. 208 Note 36 a. E., vgl. auch KG. in OLG. Bd. 11 S. 31; Mot. I S. 214; Staudinger, Bd. 3 S. 87; Cosack, Bd. 2 § 174 II, 1; Planck, Bd. 3 S. 77.

3) BR. Bd. 1 § 124, 2.

4) § 894 III, 1; Raape S. 37.

Betrachten wir endlich die Wirkung eines bedingten Veräußerungsverbots auf die Verfügung (z. B. Sprengstoffgesetz), was umso beachtenswerter ist, als unbedingte Veräußerungsverbote zu den Seltenheiten gehören. Bedingt ist das Verbot, wenn es bei Zustimmung einer gewissen Person, vor allem eines Beamten oder einer Behörde, entfällt, wodurch jedoch die rechtliche Natur des Verbotsgesetzes nicht geändert wird[1]). Die Bedingtheit hat praktische Folgen: wird nämlich eine dem Verbot zuwiderlaufende Verfügung vorbehaltlich der Genehmigung vorgenommen, so ist dieselbe nicht nichtig, sondern in der Schwebe: wird die Genehmigung erteilt, dann ist das Veräußerungsgeschäft wirksam; andernfalls kann es je nach der ratio des einzelnen Gesetzes nichtig oder weiterhin in der Schwebe sein. Beispielsweise wird die Veräußerung von Sprengstoffen abgeschlagen, so können die Parteien bei dem Akt z. B. dem constitutum possessorium für den Fall stehen bleiben, daß sie künftig einmal gestattet werden sollte; anders liegt die Sache, wenn einer Innung oder einer juristischen Person des öffentlichen Rechts die Veräußerung von Kunstgegenständen durch die zuständige Behörde verweigert wird: dann ist die Verfügung absolut nichtig, da nicht nur der Besitz, sondern auch das Eigentum niemals an Dritte gelangen sollte.

Sicher wird auch in den Fällen des bedingten Verbots der gute Glaube nicht geschützt; das folgt schon argumentum a contrario aus § 135.

Wir haben bisher nur die Rechtsfolgen des absoluten Verbots auf die rechtsgeschäftliche (freiwillige) Verfügung betrachtet. Im Folgenden soll näher

---

1) Raape S. 36.

geprüft werden, ob dieser rechtsgeschäftlichen Verfügung eine Verfügung gleichgestellt werden kann, die durch eine Behörde oder durch ein Gesetz angeordnet wird. Sohm[1]) faßt diese beiden Arten der Verfügung unter den Begriff „Zwangsverfügung" zusammen. „Sie liegt dann vor, wenn durch Gesetz oder Richterspruch das Recht einer bestimmten Person übertragen oder belastet wird, wenn also die durch Gesetz oder Richterspruch angeordnete unmittelbare Rechtsänderung hinsichtlich eines bestimmten Gegenstandes als auf Rechnung einer bestimmten Person eintretend gewollt ist"[1]).

Eine prinzipielle gleiche Behandlung der rechtsgeschäftlichen Verfügung und der Zwangsverfügung ist nicht richtig; den Beweis hierfür liefert ohne weiteres der Umstand, daß das Gesetz unter dem Wort Verfügung nicht die Zwangsverfügung versteht, vielmehr da, wo es die beiden Arten gleich behandelt wissen will, das ausdrücklich hervorhebt; vergleiche § 135, sowie § 366 Abs. 3 HGB. § 15 KO.

Fehlt es daher an einer ausdrücklichen Gleichstellung, so ist kein Grund vorhanden, die Vorschriften für die rechtsgeschäftliche Verfügung stets auch auf die Zwangsverfügung anzuwenden; es kommt in solchem Falle höchstens Analogie in Frage. Hierbei ist zu untersuchen, ob der Zweck des Verbots es erfordert, auch die Zwangsverfügung zu verhindern oder nicht.

Fragen wir uns, ob § 134, wo das Gesetz nur von rechtsgeschäftlichen Verfügungen spricht, auch ein Verbot der behördlichen Verfügung (Zwangsvollstreckung und Arrestvollziehung) enthält. Aus dem soeben Gesagten folgt, daß im Falle des § 134, wo

1) S. 15.

im Gegensatz zu § 135 eine allgemeine Gleichstellung fehlt, nur eine Analogie von Fall zu Fall in Betracht kommen kann. Bei jedem absoluten Veräußerungsverbot ist zu prüfen, ob die ratio legis die entsprechende Anwendung des Verbots auf die Zwangsverfügung rechtfertigt[1]).

Das trifft z. B. zu bei dem Verbot der Veräußerung historisch wertvoller Gegenstände durch die Innung usw. Das Verbotsgesetz verhält sich sicher gegen beide Verfügungsarten wegen der Gefährdung des öffentlichen Interesses gleich ablehnend. Das Bedürfnis der Analogie trifft dagegen nicht zu bei dem Verbot der Veräußerung von Grundstücken, das ja zunächst den Schutz der Innung bezweckt und erst mittelbar auch der Allgemeinheit zugute kommen will, sodaß wir hier eine behördliche Verfügung zulassen können.

Wie bei den behördlichen, so ist in derselben Weise bei den gesetzlichen Verfügungen, auf die sich § 134 ja ebenfalls nicht bezieht, die Analogie in Erwägung zu ziehen. Der Fall des täglichen Lebens ist das Verfügungsverbot gegen die Ehefrau (§ 1395). Diese mietet z. B. eigenmächtig und bringt Sachen ein, oder sie gibt ihre Sachen einem Frachtführer zur Beförderung usw. Erwerben der Vermieter, der Frachtführer ein Pfandrecht? Zur Beantwortung der Frage, ob hier analoge Anwendung der Vorschrift des § 134 anzunehmen ist, müssen wir näher prüfen, ob der Grund, aus dem das Gesetz die Frau in der freiwilligen Verfügung beschränkt, auch eine Beschränkung in der gesetzlichen Verfügung rechtfertigt; denn auch hier beweist das Bedürfnis nach einer Beschränkung in der freiwilligen Verfügung keineswegs ohne weiteres,

1) Raape S. 187.

daß auch eine Beschränkung in der gesetzlichen Verfügung Bedürfnis ist. Untersuchen wir also die Frage, wieweit die Schutztentenz reicht, so kommen wir zu dem Ergebnis, daß für die gesetzlichen Verfügungen prinzipiell die Analogie abzulehnen ist, und zwar deshalb, weil ein Bedürfnis nach so weit gehendem Schutz in der Regel nicht besteht; denn abgesehen von der sehr geringen Zahl der gesetzlichen Verfügungen ist der durch die rechtliche Anerkennung derselben angerichtete Schaden nicht allzu groß, z. B. das oben angeführte Pfandrecht für die Speditionsgebühr oder für die Miete, und in den meisten Fällen leicht zu verhindern. Der Meinung sind wohl auch die Motive[1]), denn nachdem sie den Einfluß der relativen Veräußerungsverbote auf die behördlichen Verfügungen besprochen haben, fahren sie fort: „nicht getroffen werden die kraft des Gesetzes sich vollziehenden Erwerbungen seitens Dritter."

Trotz des Prinzips, daß § 134 nicht analog auf die gesetzlichen Verfügungen anzuwenden sei, wird man doch hie und da für die Analogie einzutreten haben: die Analogie ist z. B. in § 89 b GewO. am Platze. Die Innung gibt einen historischen Becher in Reparatur. Das öffentliche Interesse, das § 89 b bezüglich dieses Gegenstandes im Auge hat, würde dann sehr leicht gefährdet werden, wollte man auch hier dem Dritten ein Pfandrecht (für die Zahlung der Reparaturkosten) und damit ein Recht zur Veräußerung des Bechers einräumen. In diesem Falle ist daher einer gesetzlichen Verfügung ausnahmsweise die Anerkennung zu versagen.

---

1) Mot. Bd. 1 S. 213.

Es ist noch ein anderer Fall der ausnahmsweisen Berechtigung der Analogie des § 134 auf die gesetzlichen Verfügungen zu erwähnen: nämlich wenn der durch das Veräußerungsverbot in der freiwilligen Verfügung Beschränkte den Tatbestand der an und für sich wirksamen gesetzlichen Verfügung herbeiführt in der Absicht einer Gesetzesumgehung; hier wäre natürlich die gesetzliche Verfügung so gut wie die freiwillige unwirksam, sodaß z. B. ein Pfandrecht überhaupt nicht entstanden wäre; denn das oben aufgestellte Prinzip der Gültigkeit der gesetzlichen Verfügung darf nicht zur Umgehung ausgenützt werden.

Was hier für die Unwirksamkeit der im allgemeinen gültigen gesetzlichen Verfügungen im Falle der Umgehung gesagt ist, gilt natürlich auch für die behördlichen Verfügungen, soweit dieselben wirksam wären; denn eine behördliche Verfügung wird dann in analoger Anwendung des § 134 ungültig, wenn sie zur fraudulosen Herbeiführung der verbotenen rechtsgeschäftlichen Veräußerung dienen soll.

Wir haben weiterhin zu der Frage Stellung zu nehmen, ob ein absolutes Verbot das Verjährenlassen, z. B. gemäß § 1028, ausschließt. Schlechthin wird es nicht durch § 134 verboten, da das Verjährenlassen nicht zu den Rechtsgeschäften zu rechnen ist. Da die Verjährung zum selben oder fast zum selben Ergebnis wie eine Verfügung führt, so haben es die Parteien in der Hand, durch Schaffung des Verjährungstatbestandes den Verfügungseffekt zu erreichen. Es ließe sich daher wieder fragen, ob man nicht dasjenige Verjährenlassen, das in der Absicht der Umgehung der Verfügungsbeschränkung geschieht, der Verfügung gleichstellen soll. Im Einverständnis

mit Raape[1]) möchte ich dies verneinen, da kein besonderes Schutzbedürfnis vorhanden ist; denn die Umgehung der Verfügung (im Fall des § 1028 Verzicht auf die Servitut) mittels der Verjährung ist schwer zu bewirken, im Gegensatz zu der leichten Umgehung mittels der gesetzlichen Verfügung.

Was von dem Verjährenlassen gilt, gilt auch von dem Ersitzenlassen. Kein Verstoß gegen ein Veräußerungsverbot liegt vor, wenn ein Dritter den Gegenstand ersitzt; denn die Ersitzung bedeutet originären Erwerb, sie beruht nicht auf einer Verfügung des Gebundenen. Aus demselben Grunde wie vorhin ist auch das in Umgehungsabsicht erfolgende Geschehenlassen des Ersitzungstatbestandes nicht der Verfügung analog zu behandeln.

Natürlich kann das Gesetz dem Veräußerungsverbot die Ersitzungsunfähigkeit hinzufügen und es braucht das nicht einmal ausdrücklich zu geschehen. Denn nach dem Inhalt des einzelnen Verbots kann, wie auch aus einer Bemerkung der Motive[2]) hervorgeht, die Ersitzung überhaupt ausgeschlossen sein. So ist zweifellos die Ersitzung des Eigentums an Sprengstoffen unmöglich, wenn der Besitzer nicht die vorgeschriebene polizeiliche Erlaubnis zum Besitz hat. Es ergibt sich das aus der Tendenz des Gesetzes, den Erwerb Nichtbefugter zu verhindern. Umgekehrt schließt die Beschränkung der Innung in der Verfügung über historisch etc. wertvolle Sachen kein Ersitzungsverbot in sich.

Zum Schluß der Abhandlung über die Wirkung des § 134 auf die Verfügung ist zu erwähnen, daß

1) S. 195.

2) Mot. Bd. 1 S. 214.

der Verfügende, der bei Nichtigkeit der Veräußerung Eigentümer geblieben ist, seinen Anspruch auf Herausgabe auf die §§ 985, 1007 zu stützen hat.

Von den Rechtsfolgen der absoluten Veräußerungsverbote haben wir bisher nur diejenigen, die eine verbotswidrige Verfügung nach sich zieht, betrachtet. Es soll jetzt untersucht werden, inwiefern das Verbot das zu Grunde liegende obligatorische Geschäft beeinflußt.

Die Wirkung ist für den obligatorischen Vertrag die gleiche wie für das dingliche Geschäft, nämlich Nichtigkeit; denn der § 134 ordnet an, daß jedes Rechtsgeschäft, das trotz eines bestehenden absoluten Veräußerungsverbots vorgenommen wird, nichtig sei. Der Begriff des Rechtsgeschäfts umfaßt aber sowohl die Verfügung wie auch die Willenserklärungen, die auf die Erzeugung obligatorischer Wirkungen gerichtet sind[1]).

Diese Folge der Nichtigkeit tritt unabhängig von gutem oder bösem Glauben, unbeschränkt gegen jedermann ein.

Der gutgläubige Erwerber resp. Veräußerer ist aber nicht ganz schutzlos, vielmehr hat er gemäß § 309, 307 einen gleichen Entschädigungsanspruch wie der Empfänger eines auf eine objektiv unmögliche Leistung gerichteten Versprechens, das ja auch nichtig ist (§ 306). Es ist daher, wer bei der Schließung eines Vertrags, der gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, diesen Umstand kennt oder kennen muß, zum Ersatze des Schadens verpflichtet, den der andere Teil dadurch erleidet, daß er auf die Gültigkeit des Vertrags vertraut (sog. negatives Vertragsinteresse), jedoch nicht

1) Mot. I S. 126 ff; Prot. I S. 123.

über den Betrag des Interesses hinaus, welches der andere Teil an der Gültigkeit des Vertrags hat.

Die Ersatzpflicht tritt nicht ein, wenn der andere Teil den Umstand, daß der Vertrag gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, kennt oder kennen muß.

Da der obligatorische Vertrag nichtig ist, so ist dem Erwerber zwecks Rückerstattung der Gegenleistung die Bereicherungsklage gemäß § 812 zuzugestehen, da zwar die Eigentumsübertragung gültig ist, aber der Rechtsgrund dazu fehlt.

Eine weitere Folge der Unwirksamkeit des Versprechens ist, daß auch die für den Fall der Nichterfüllung getroffene Vereinbarung einer Strafe unwirksam ist, selbst wenn die Parteien die Unwirksamkeit des Versprechens gekannt haben (§ 344 BGB.).

§ 8.

Die gesetzlichen Veräußerungsverbote zum Schutze bestimmter Personen.

Der § 135 enthält ebensowenig wie der § 134 selbst Verbote, sondern bestimmt lediglich das Schicksal der gegen ein relatives Veräußerungsverbot verstoßenden Verfügung.

§ 135 sagt im Abs. 1 S. 1: „Verstößt die Verfügung über einen Gegenstand gegen ein gesetzliches Veräußerungsverbot, das nur den Schutz bestimmter Personen bezweckt, so ist sie nur diesen Personen gegenüber unwirksam".

Veräußerungsverbote in diesem Sinne finden sich im Reichsrecht wie im Landesrecht.

Im BGB. sind relative Veräußerungsverbote äußerst selten; wir finden ein solches in § 1984 Abs. 1; die

Fälle der übrigen Reichsgesetzgebung ergeben sich meist erst durch Vermittlung des § 136 BGB.

Als ein relatives gesetzliches Veräußerungsverbot ist die Verfügungsbeschränkung des Gemeinschuldners gemäß § 6, 7 KO. anzusehen[1]). Hier ist zwar statt des § 135 Abs. 2 nur bestimmt, daß die §§ 892, 893 unberührt bleiben; es findet also ein Vertrauensschutz nur hinsichtlich der Liegenschaften, nicht auch hinsichtlich der beweglichen Sachen statt.

Ein solches Verbot ist ferner in § 288 StBG. enthalten, wo dem Schuldner verboten wird, bei drohender Zwangsvollstreckung, in der Absicht, die Befriedigung des Gläubigers zu vereiteln, Bestandteile seines Vermögens zu veräußern.

Ein relatives Veräußerungsverbot ergibt sich auch aus den §§ 20, 23, 148 ZVG., wo das Gesetz im Falle des Zwangsversteigerungs- und Zwangsverwaltungsbeschlusses das Verfahren durch Beschlagnahme sichert.

Von landesgesetzlichen relativen Veräußerungsverboten sei erwähnt das des § 42 des Preuß. Feld- und Forstpolizeigesetzes vom 1. April 1880, welches die Veräußerung von Walderzeugnissen seitens des Dienstbarkeits- oder Nutzungsberechtigten unter Strafe stellt, der sie nur für seinen eigenen Bedarf zu entnehmen befugt ist.

Welches Schicksal trifft nun nach § 135 eine vom Gesetz verbotene Verfügung?

Wir haben im Folgenden zunächst auf das Wesen der relativen Unwirksamkeit einzugehen.

Im unmittelbaren Anschluß an den Wortlaut des § 135, das relative Veräußerungsverbot mache die

1) Vergl. oben S. 75, Abgrenzung zwischen gesetzlichen und behördlichen Veräußerungsverboten.

ihm zuwider laufende Verfügung nur den zu schützenden Personen gegenüber unwirksam, beurteilt die herrschende Meinung[1]) die Wirksamkeit jener Verfügung den verschiedenen Personen gegenüber verschieden. Sie denkt sich so: Gegenüber der Allgemeinheit gehe das entgegen dem Verbot übertragene Eigentum oder sonstige Recht auf den Erwerber über, das an dem betr. Gegenstand bestellte Recht entstehe, die bezahlte Forderung erlösche; jedoch im Verhältnis zu den geschützten Personen sollen alle diese Wirkungen als nicht eingetreten betrachtet werden; ihnen gegenüber sei daher der Veräußerer nach wie vor Eigentümer, der betr. Gegenstand nicht belastet, die Forderung noch von Bestand.

Der herrschenden Auffassung stehen jedoch schwere Bedenken entgegen. Sie ist m. E. mit der Logik unvereinbar. Denkt man sie nämlich zu Ende, so führt sie zu dem Ergebnis, das man z. B. im Falle der Veräußerung ein doppeltes Eigentum annehmen muß. Verlangt der Geschützte G. Befriedigung vom Veräußerer V., der ja dem G. gegenüber noch Eigentümer geblieben ist, so ist dann nicht zu erklären, wie G. allein Eigentümer werden kann; denn da der Erwerber E. vom Standpunkt der Allgemeinheit aus betrachtet Eigentümer geworden ist, so kann er doch dieser gegenüber sein Eigentum nicht dadurch verlieren, daß V. das ihm noch verbliebene Eigentum auf G. überträgt. Zum mindesten müßte E. Dritten gegenüber Eigentümer bleiben. Es würde somit wieder ein Zustand der Relativität eintreten. Aber dies will natürlich auch die herrschende Meinung nicht, viel-

1) Enneccerus § 135 II, 1 b; Planck § 135, 2; Staudinger § 135, 2 u. a.

mehr soll die Ungewißheit ein Ende haben, d. h. G. allein Eigentümer werden.

Wir kommen daher zu dem Ergebnis, daß die Bedeutung von relativer Unwirksamkeit, wie sie sich unmittelbar aus dem Gesetz selbst ergibt, inkorrekt und verwirrend und daher die h. M. nicht befriedigend ist. Der § 135 kann vielmehr nichts weiteres als das Ziel der relativen Unwirksamkeit bezeichnen, bestimmte Personen schadlos zu halten, er weist aber nicht den Weg, auf welchem diese zum Ziel gelangen.

Von verschiedenen Versuchen[1]) einer anderen Auslegung des Begriffs der relativen Unwirksamkeit bringt uns derjenige von Raape näher[2]). Er geht vor allem davon aus, daß die gegen ein Verbot im Sinne des § 135 verstoßende Verfügung auch dem Geschützten gegenüber die normale Wirkung äußere; damit aber der Verpflichtete im Interesse des Geschützten weiter verfügen kann, erhält, oder wenn man will, behält er diese Befugnis an dem ihm nicht mehr gehörenden Gegenstande.

Mit Recht nimmt aber hier Knoke an der Einräumung eines Verfügungsrechts Anstoß. Denn da dieses Recht als ein beschränktes dingliches Recht an einer fremden Sache aufzufassen wäre, so würde hier ein neues dem BGB. sonst unbekanntes Sachenrecht geschaffen werden.

Allein befriedigend ist m. E. die juristische Konstruktion der relativen Unwirksamkeit von Knoke, der wie Raape im Gegensatz zur herrschenden Meinung die Annahme eines nebeneinander bestehenden Eigentums oder sonstigen Rechts des V. und des E. ablehnt,

---

1) Vergl. Raape S. 43—44.
2) Raape S. 49.

aber auf anderem Wege als Raape der Verfügung des V. über die Sache des E. Wirksamkeit verschafft. Knoke findet, daß sich das dem § 135 vorschwebende Ziel in der Regel mit Hilfe des § 185 BGB. erreichen läßt: der Veräußerer könne nur noch als Nichtberechtigter über den fremden (des E.) Gegenstand verfügen; um seine Verfügungen wirksam zu machen, ist daher die Einwilligung oder die Genehmigung des Berechtigten (E.) oder der späteren Erwerber erforderlich; zu ihrer Erteilung sind sie aber dem Geschützten kraft des relativen Veräußerungsverbots vermöge eines zur Sache wirkenden obligatorischen Rechts zur Zustimmung verpflichtet[1]).

Da die Folge des relativen Veräußerungsverbots nur relative Unwirksamkeit und nicht schlechthin Nichtigkeit ist, so ergibt sich, daß eine ihm widerstreitende Verfügung voll wirksam ist, wenn der durch das Verbot Geschützte vorher seine Einwilligung zu der Verfügung erteilt hat (§ 182), und daß sie voll wirksam wird, wenn er sie nachträglich genehmigt. Soweit sich nicht aus dem ihrer Erteilung zugrunde liegenden Rechtsverhältnisse ein anderes ergibt, ist die Einwilligung bis zur Vornahme des Rechtsgeschäfts widerruflich (§ 183). Die Genehmigung wirkt auf den Zeitpunkt der Vornahme des Geschäfts zurück, wenn nicht ein anderes bestimmt ist (§ 184).

Die Bedeutung der relativen Unwirksamkeit tritt auch darin hervor, das letztere völlig dadurch behoben werden kann, daß der durch das Verbot geschützte Anspruch oder das Veräußerungsverbot selbst wegfällt.

Da das relative Veräußerungsverbot einen Rechtsmangel in der Person des Veräußerers bewirkt, so

1) Knoke S. 403 ff., 418.

ordnet § 135 Abs. 2 folgerichtig an, daß auf den Dritten, der den Gegenstand von dem trotz des Veräußerungsverbots Verfügenden erwirbt, die Vorschriften zu Gunsten derjenigen, welche Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten, entsprechende Anwendung finden; denn, meinen die Motive[1]), „steht der gänzliche Mangel des Rechts in der Person des Vorgängers dem Rechtserwerbe nicht im Wege, so kann auch ein teilweiser Mangel nicht hinderlich sein".

Die anzuwendenden Vorschriften sind nun verschiedene, je nachdem es sich handelt um unbewegliche Sachen, bewegliche Sachen oder Forderungen.

I. Unbewegliche Sachen.

Betrifft die gegen ein relatives Veräußerungsverbot verstoßende Verfügung Grundstücke oder Rechte an Grundstücken, so wird der gutgläubige Dritte außer durch den in erster Linie maßgeblichen § 892 durch die §§ 893, 1138 und 1155 BGB., sowie § 23 Abs. 2 ZVG. geschützt.

§ 892 Abs. 1 sagt in seinem 2. Satze: „Ist der Berechtigte in der Verfügung über ein im Grundbuch eingetragenes Recht zu Gunsten einer bestimmten Person beschränkt, so ist die Beschränkung dem Erwerber gegenüber nur wirksam, wenn sie aus dem Grundbuch ersichtlich oder dem Erwerber bekannt ist". Es hat also derjenige, welchem ein Grundstück aufgelassen wird, auf Verlangen des Geschützten sein Eigentum dann wieder aufzugeben, wenn er von der Verfügungsbeschränkung Kenntnis hatte, auch wenn dieselbe nicht im Grundbuche eingetragen war. Anderer-

---

1) Mot. I S. 213.

seits ist eine evtl. Nichtkenntnis unbeachtlich, wenn die Beschränkung eingetragen ist.

§ 893 läßt die Vorschriften des § 892 entsprechende Anwendung finden, erstens wenn an denjenigen für welchen ein Recht im Grundbuch eingetragen ist, auf Grund dieses Rechts eine Leistung bewirkt wird oder zweitens, wenn zwischen ihm und einem Anderen in Ansehung dieses Rechtes ein nicht unter die Vorschriften des § 892 fallendes Rechtsgeschäft vorgenommen wird, das eine Verfügung über das Recht enthält. Wenn also z. B. ein Dritter an den Gebundenen auf Grund einer für diesen eingetragenen Hypothek Zinszahlungen macht, zu deren Annahme der Gebundene wegen einer Verfügungsbeschränkung — Annahme als Erfüllung ist eine Verfügung — nicht berechtigt ist oder wenn der Dritte mit dem Gebundenen ein zwar nicht auf Übertragung, aber auf Veränderung gerichtetes Rechtsgeschäft vornimmt, etwa die nachträgliche Änderung des Rangverhältnisses (§ 880) vereinbart, so steht dem Dritten das Veräußerungsverbot nur entgegen, wenn es eingetragen oder ihm bekannt war.

Der öffentliche Glaube des Grundbuchs wirkt für die Hypothek nicht nur beim Erwerbe des Pfandrechts, sondern gemäß § 1138 „auch in Ansehung der Forderung und der dem Eigentümer nach § 1137[1]) zu-

1) § 1137: Der Eigentümer kann gegen die Hypothek die dem persönlichen Schuldner gegen die Forderung sowie die nach § 770 einem Bürgen zustehenden Einreden geltend machen. Stirbt der persönliche Schuldner, so kann sich der Eigentümer nicht darauf berufen, daß der Erbe für die Schuld nur beschränkt haftet.

Ist der Eigentümer nicht der persönliche Schuldner, so verliert er eine Einrede nicht dadurch, daß dieser auf sie verzichtet.

stehenden Einreden". Dem redlichen Erwerber wird nicht nur der Bestand des dinglichen Rechts, sondern auch der zugrunde liegenden Forderung nach Maßgabe des Grundbuchinhalts gewährleistet.

In gleicher Weise wird der Besitzer eines Hypothekenbriefes hinsichtlich seines Gläubigerrechts geschützt, wenn sich dieses „aus einer zusammenhängenden, auf einen eingetragenen Gläubiger zurückführenden Reihe von öffentlich beglaubigten Abtretungserklärungen ergibt" (§ 1155). Der gute Glaube des Erwerbers des Briefes besteht also nicht darum, weil etwa das Verbot z. Zt. des Erwerbs des Briefes nicht auf diesem vermerkt war, sondern nur, wenn das Veräußerungsverbot weder eingetragen noch ihm bekannt war[1]).

Eine schlechtere Stellung des Erwerbers bringt § 23 ZVG. Im Abs. 2 wird die Kenntnis des Versteigerungsantrags einer Kenntnis der Beschlagnahme gleichgestellt, wenn bei einer gegen die Beschlagnahme verstoßenden Verfügung nach § 135 Abs. 2 es darauf ankommt, ob derjenige, zu dessen Gunsten verfügt wurde, die Beschlagnahme kannte. Mit der Eintragung des Versteigerungsvermerks gilt die Beschlagnahme auch in Ansehung der mithaftenden beweglichen Sachen als bekannt.

II. Bewegliche Sachen.

Bei der Verfügung über bewegliche Sachen gewähren für den Eigentumserwerb die §§ 932/935, für den Erwerb eines anderen Rechts an der Sache die §§ 1032, 1207, 1208, 1244 etc. BGB. dem gutgläubigen Erwerber Schutz.

---

1) Solon S. 49.

Der gutgläubige Erwerber wird trotz des Veräußerungsverbotes in der Regel seinen Zweck erreichen, es sei denn daß die Sache dem Eigentümer gestohlen worden, verloren gegangen oder sonst abhanden gekommen ist; diese Einschränkung findet zudem keine Anwendung auf Geld oder Inhaberpapiere sowie auf Sachen, die im Wege öffentlicher Versteigerung veräußert werden.

Der Erwerber ist nach § 932 Abs. 2 nicht gutgläubig, wenn ihm bekannt oder infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt ist, daß die Sache nicht dem Veräußerer gehört, d. h. auf die Fälle des § 135 entsprechend angewandt, wenn er das Veräußerungsverbot gekannt und infolge grober Fahrlässigkeit nicht gekannt hat.

Gegenüber ungerechtfertigter Bereicherung des gutgläubigen Erwerbers hat der durch das Verbot Geschützte eine Handhabe in § 816 BGB., denn auch diese Vorschrift findet nach § 135 Abs. 2 hier entsprechende Anwendung.

III. Forderungen.

Im Gegensatz zum Vorhergehenden herrscht in der Literatur Streit darüber, ob im Falle der untersagten Veräußerung einer Forderung der in Unkenntnis des Verbots leistende Schuldner geschützt wird. M. a. W. es ist bestritten, ob § 407 zu den Vorschriften zu Gunsten derjenigen gehört, welche Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten, die gemäß § 135 Abs. 2 entsprechend anzuwenden sind.

Der genannte § schützt den Schuldner gegen die Folgen der Abtretung der Forderung in der Weise, daß jedes Rechtsgeschäft (insbesondere Leistung), das er in Unkenntnis der Abtretung dem alten Gläubiger

gegenüber vornimmt, auch dem neuen gegenüber wirksam ist.

Gegen die analoge Anwendung des § 407 auf den in Unkenntnis des Verbots zahlenden Schuldner sprechen wohl zunächst die Motive. Denn diese[1]) sagen wörtlich: „nicht besonders geschützt ist im Falle der untersagten Veräußerung einer Forderung der in Unkenntnis des Verbots leistende Schuldner". Sie begründen diesen Satz damit, daß es unter Umständen mit dem Zwecke des einzelnen Verbots nicht vereinbar sei, die Leistung des nicht unterrichteten Schuldners als wirksame Erfüllung zu behandeln, vielmehr die Tragweite des Verbots notwendig eine verschiedene sein müsse, je nach dem Umfange, in welchem die Interessen, denen das Verbot diene, gesichert werden sollen. Außerdem genüge hinsichtlich der auf richterlicher Anordnung beruhenden Veräußerungsverbote der sich aus den einschlägigen §§ der ZPO.[2]) ergebende Grundsatz, daß die Wirksamkeit des Verbots gegenüber dem Drittschuldner von der Zustellung an denselben abhänge.

Als ein weiterer Grund für die Ablehnung des Schutzes des gutgläubig zahlenden Schuldners wird der Wortlaut des Gesetzes angeführt[3]). Denn § 135 Abs. 2 will nur solche Vorschriften entsprechend angewandt haben, die denjenigen schützen, der Rechte von einem Nichtberechtigten herleitet. Von einer Herleitung von Rechten könne aber im Falle des § 407 nicht gesprochen werden.

---

1) Mot. I, S. 214.

2) §§ 829, 928, 930, 936.

3) Goldmann-Lilienthal, S. 177 Anm. 2.

Hiernach ist der Inhalt der Motive und der Wortlaut des Gesetzes der Ansicht der Schriftsteller[1]) günstig, die einen Schutz des Schuldners ablehnen. Man darf jedoch hier die Autorität der Motive nicht zu hoch bewerten und auch der Wortlaut des Gesetzes dürfte nicht unbedingt gegen eine andere Auffassung sprechen. Denn man darf den Wortlaut des Gesetzes, die Vorschriften zu Gunsten derjenigen, welche Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten, nicht zu eng auslegen und folgern, daß hier lediglich Fälle eigentlichen Rechtserwerbs in Frage kommen könnten. Es kommt hier nicht auf die Überleitung eines Rechtes aus dem Vermögen des einen in das des anderen, vielmehr auf das „richtige und vollständige Rechtsbild", so wie es sich aus dem Gesetz (§ 407) und dem Rechtsgeschäft (der Leistung) ergibt[2]).

Für den Schutz des Schuldners ist auch Planck[3]) eingetreten; er meint mit Recht, der Grund, aus welchem der Schuldner bei Unkenntnis der Abtretung geschützt werde, treffe auch bei Unkenntnis eines Veräußerungsverbots zu.

Schließlich ist den Ausführungen Solons[4]) beizutreten, für die analoge Anwendung spreche das argumentum a maiore ad minus, denn die Fähigkeit, einen größeren Mangel zu ergänzen (das nicht mehr Gläubigersein), müsse die, einen geringeren Mangel zu decken (das Gläubigersein mit Veräußerungsverbot), in sich schließen.

---

1) Staudinger, ältere Aufl.; RGK. Bem. 4.

2) Ramdohr, S. 333.

3) Planck, zu § 135, 5.

4) Solon, S. 46.

Wir haben mithin festgestellt, daß ein Schuldner, der in Unkenntnis des Veräußerungsverbots an den Gläubiger zahlt, durch § 407 geschützt frei wird[1]).

Nicht jedoch schützt der gute Glaube den Erwerber einer Forderung bei einer dem relativen Veräußerungsverbot widerstreitenden Veräußerung. Denn da das Prinzip vom Schutz des gutgläubigen Erwerbs im BGB. sich regelmäßig nur auf Sachen, nicht auf Forderungen bezieht, so greift das relative Veräußerungsverbot auch dem redlichen Erwerber einer Forderung gegenüber Platz; der Geschützte kann daher stets vom Erwerber Zustimmung zur Abtretung verlangen.

Wie setzt nun der geschützte Gläubiger sein Interesse durch?

Einige Hauptfälle mögen hervorgehoben werden. I. Der Übertragungsanspruch ist durch ein Veräußerungsverbot geschützt; eine andere Veräußerung kollidiert.

1. Das Veräußerungsverbot dient zum Schutze des Anspruchs auf Auflassung eines Grundstücks. Wir wollen den Fall ins Auge fassen, daß der bisherige Eigentümer V. sein Grundstück an den Erwerber E. übereignet, obwohl er dem G. die Übereignung schuldet und dieser durch ein Veräußerungsverbot im Sinne der §§ 135, 136 geschützt ist.

Aus den früheren Ausführungen ergibt sich, daß die Annahme eines Doppeleigentums des V. und des E. abgelehnt werden muß. Wir haben vielmehr davon auszugehen, daß E. durch die Veräußerung des V. allein Eigentümer geworden ist, und zwar in jeder

1) Ebenso Raape, S. 64, Dernburg, BR. I § 124, 5, Staudinger, 7.—8. Aufl. zu § 135, 3 d.

Beziehung, auch dem G. gegenüber. Der Anspruch des G. auf Verschaffung des Eigentums richtet sich nach wie vor gegen V., nicht gegen E. Da aber V. nicht Eigentümer ist, so kann seine Auflassungserklärung materiell nicht ausreichen, um dem G. das Eigentum zu verschaffen. Dagegen würde E. dazu imstande sein, aber er ist ja nicht der Schuldner des G.; E. könnte aber durch seine Zustimmung zur Auflassung des V. die Übereignung des Grundstücks ermöglichen. Zu dieser Mitwirkung zwingt § 888 den Berechtigten. E.:

> „Soweit der Erwerb eines eingetragenen Rechtes oder eines Rechtes an einem solchen Rechte gegenüber demjenigen, zu dessen Gunsten die Vormerkung besteht, unwirksam ist, kann dieser von dem Erwerber die Zustimmung zu der Eintragung oder der Löschung verlangen, die zur Verwirklichung des durch die Vormerkung gesicherten Anspruchs erforderlich ist.
>
> Das Gleiche gilt, wenn der Anspruch durch ein Veräußerungsverbot gesichert ist."

Das Gesetz fordert also vom Erwerber, daß er auf Verlangen des Geschützten die durch die verbotene Verfügung erlangte grundbuchmäßige Stellung aufgibt, soweit sie den Geschützten bedroht. Er soll jedoch nicht selbst die erforderliche dingliche Rechtsänderung vollziehen, sondern nur die zur grundbuchlichen Regelung erforderliche Bewilligung geben.

Aus dem Gesagten folgt, daß V. die Auflassung des fremden Grundstücks zu bewirken, E. seine materiellrechtliche Zustimmung zu geben hat. Mit anderen Worten, ein Nichtberechtigter soll über ein fremdes Grundstück verfügen, der Eigentümer desselben ist dem Geschützten gegenüber obligatorisch

verpflichtet, die erforderliche Einwilligung zur Verfügung des Nichtberechtigten zu erteilen (§ 185).

Die Erklärungen sowohl des Dritten wie des Schuldners können nötigenfalls nach Maßgabe des § 894 ZPO. durch rechtskräftiges Urteil ersetzt werden.

Die obligatorische Verpflichtung des Erwerbers, seine Zustimmung zur Verfügung des Gebundenen zu geben, erstreckt sich auch auf jeden späteren Erwerber, wenn das Verbot im Grundbuch eingetragen oder dem folgenden Erwerber bekannt ist. Es handelt sich also um eine mit Wirkung gegen Dritte ausgestattete, ein verdinglichte Forderung des G. Ist aber die Forderung gegen den ursprünglichen oder einen späteren Erwerber nicht zur Entstehung gelangt, weil er das im Grundbuch nicht eingetragene Verbot nicht kannte, so erfordert es sein Interesse, daß auch sein Nachfolger von einer solchen Verbindlichkeit frei bleibt, selbst wenn er das Verbot kennt; denn andernfalls könnte E. in der Verwertung des von ihm erworbenen Eigentums sehr beschränkt werden.

Der obligatorische Anspruch des G. gegen E. gibt die Grundlage für Schadensersatzansprüche des G. gegen den E., wenn letzterer das Grundstück in zu vertretender Weise verschlechtert oder nachträgliches Unvermögen der Eigentumsverschaffung verschuldet hat (§ 292), namentlich dann, wenn er das Grundstück an einen Gutgläubigen weiter veräußert, ohne ihn auf das bestehende, aber im Grundbuch nicht eingetragene Veräußerungsverbot aufmerksam zu machen. Aber auch wenn er zwar den Vierten über das Veräußerungsverbot aufklärt, der Vierte jedoch trotzdem das Grundstück veräußert oder verschlechtert, so haftet er; der Vierte hat gleichfalls Schadensersatz zu leisten. Im Ganzen kann sich der Geschützte dann an drei

Personen halten, an den Verkäufer und die beiden widerstreitenden Erwerber.

Betrachten wir schließlich das Verhältnis des gegen E. gerichteten Anspruchs und des Hauptanspruchs gegen V., so ergibt sich, daß der Anspruch gegen E. akzessorischer Natur ist. Er kann nicht zur Entstehung gelangen, wenn der Anspruch gegen V. garnicht entstanden ist. Er muß auch mit ihm erlöschen. Ebenso kann E. die Einreden geltend machen, die dem Hauptschuldner V. gegen G. zustehen[1]), z. B. daß der geschützte Anspruch verjährt sei.

Der Einfluß des Konkurses ist verschieden. Der Konkurs des Dritten E. schadet dem Geschützten nicht, da § 13 KO.[2]) nur vom Konkurs des eigentlichen Verpflichteten handelt; der Geschützte kann sein Recht im Konkurs des Erwerbers mit Absonderungskraft geltend machen. Der Konkurs des Verpflichteten dagegen vor der Veräußerung an E. schädigt den Geschützten, denn das Veräußerungsverbot ist „den Konkursgläubigern gegenüber unwirksam" und der Verwalter braucht es daher nicht zu beachten.

2. Das Veräußerungsverbot schützt den Anspruch auf Übereignung einer beweglichen Sache.

Die Wirkungen des relativen Veräußerungsverbots bei der Veräußerung einer beweglichen Sache sind dieselben, die das Verbot bei der Veräußerung eines Grundstücks hat. Von einem nebeneinander bestehenden Eigentum des V. und des E. kann, wie wir gezeigt haben, keine Rede sein.

---

1) Raape S. 67, Knoke S. 423.

2) § 13 KO.: „Ein gegen den Gemeinschuldner bestehendes Veräußerungsverbot der in den §§ 135, 136 BGB. bezeichneten Art ist den Konkursgläubigern gegenüber unwirksam; — —".

Wir können daher der herrschenden Meinung[1]) nicht folgen. Diese hilft dem Geschützten zur Verwirklichung seiner Interessen eben in der irrigen Annahme eines doppelten Eigentums folgendermaßen: dem Geschützten G. gegenüber bleibt trotz der Veräußerung der Sache der Veräußerer V. Eigentümer, sein Herausgabeanspruch gegen den Erwerber E. gilt also noch als fortbestehend. Diesen Anspruch gegen E. tritt V. dem G. ab, wodurch letzterer nach § 931 Eigentümer wird und somit auf Grund seines Eigentums gegen E. vorgehen kann.

Bei dieser Konstruktion ist, wie wir schon erwähnt haben, unverständlich, wie E. der Allgemeinheit gegenüber sein Eigentum verlieren soll.

Der Anspruch des G. gegen V. auf Übereignung der geschuldeten beweglichen Sache wird wie der Anspruch auf Auflassung eines Grundstücks verwirklicht; es wird dem G. gegen E. und alle weiteren Erwerber ein obligatorischer Anspruch gegeben, der auch hier nicht auf Verschaffung des Eigentums, sondern nur auf Zustimmung zur Verfügung des nichtberechtigten V. geht. Freilich hat dieser Anspruch bei beweglichen Sachen im Gesetzbuch keine ausdrückliche Anerkennung gefunden. Aber er wird durch den Zweck des relativen Veräußerungsverbots erfordert. Außerdem geht er aus der Bestimmung des § 888 hervor, was von Dernburg[2]) unter Zustimmung von Raape[3]) und Knoke[4]) anerkannt wird; denn in § 888 finden wir das allgemeine Prinzip, dahingehend, daß

1) Planck zu § 135, 2, Enneccerus § 60 II, 2 etc.

2) Dernburg, § 124 II, 4.

3) S. 59.

4) S. 426 ff.

der Geschützte von dem bösgläubigen Erwerber verlangen kann, daß dieser die zur Verwirklichung seines Anspruchs erforderlichen Handlungen vornehme.

Der analogen Anwendung des in § 888 gewährten Anspruchs auf bewegliche Sachen steht nichts im Wege, da dieser Anspruch nach der von uns vertretenen Ansicht des Alleineigentums des E. nicht in der formellen Gestaltung des Grundbuchrechts wurzelt, sondern infolge der materiellen Rechtslage geboten ist, die bei der verbotswidrigen Veräußerung von beweglichen Sachen die gleiche wie bei Grundstücken ist.

Die Analogie des § 888 bei beweglichen Sachen ist nach der von uns verworfenen Theorie von Raape, der dem V. ein Verfügungsrecht einräumt, natürlich nur dann nötig, wenn E. sich im Besitze der Sache befindet, um gegen E. einen Anspruch auf Übergabe begründen zu können, nicht aber, wenn V. zur tatsächlichen Übergabe ohne Mitwirkung des E. imstande ist.

Da nach unserer Konstruktion V. sein Verfügungsrecht verliert, sodaß seine Verfügung zu ihrer Wirksamkeit der Zustimmung des E. bedarf, so müssen wir § 888 in allen Fällen der verbotswidrigen Übertragung von Mobilien analog anwenden, also auch z. B. wenn die Übergabe an E. durch constitutum possessorium ersetzt worden ist und sich V. somit noch im Besitze der Sache befindet.

Die Verpflichtung, die dem E. infolge des relativen Veräußerungsverbots erwächst, besteht darin, der Verfügung des V. zuzustimmen und, wenn sich E. im Besitze befindet, die Sache dem G. zu übergeben.

Auf Grund dieser obligatorischen Verpflichtung hat G. gegen den schlechtgläubigen E. Schadensersatzansprüche wegen Vereitelung oder Schmälerung seines

Erwerbs durch Weiterveräußerung, insbesondere an einen gutgläubigen Vierten, oder durch Beschädigung oder Zerstörung der Sache.

3. Der Anspruch auf Abtretung einer Forderung ist durch ein relatives Veräußerungsverbot gesichert. Hat V. gleichwohl die Forderung an E. abgetreten, so ist E. Gläubiger geworden und zwar auch G. gegenüber. Fordert daher G. von V. Abtretung der dem E. zustehenden Forderung, so verlangt er eine Verfügung eines Nichtberechtigten, die zu ihrer Wirksamkeit der Zustimmung des E. oder der späteren Erwerber bedarf; auf ihre Erteilung hat aber G. kraft des relativen Veräußerungsverbots einen obligatorischen Anspruch und zwar, wie erwähnt, auch gegen den gutgläubigen Erwerber der Forderung.

Dieser Anspruch bietet auch hier wieder die Grundlage für Schadensersatzansprüche des G. wegen nachträglicher Vereitelung oder Schmälerung seines Erwerbs, vorausgesetzt, daß der Erwerber das relative Veräußerungsverbot und damit seine Verpflichtung kennt oder kennen muß.

II. Der Übereignungsanspruch ist durch ein Veräußerungsverbot gesichert; der verpflichtete V. bestellt zu Gunsten des E. ein beschränktes dingliches Recht an dem von dem Veräußerungsverbot betroffenen Gegenstande.

Das widersprechende Recht des E. ist für jedermann vollwirksam entstanden, also auch gegenüber G. Aber dieser hat, um den Gegenstand unbelastet zu erhalten, gegen E. einen obligatorischen Anspruch auf Aufgabe seines Rechts; G. kann von E. verlangen, daß dieser auf sein Recht verzichtet. Da zu dem Verzicht die einseitige Erklärung des E. genügt, so voll-

zieht sich hier die Verwirklichung des relativen Veräußerungsverbots ohne jede Mitwirkung des V.

Den Verzicht auf das Recht wird G. von E. erst dann fordern können, wenn ihm V. den geschuldeten Gegenstand zu Eigentum übertragen hat. Es würde nämlich gegen die Tendenz des relativen Veräußerungsverbots, nur dem Geschützten Vorteil zu bringen, verstoßen, wollte man anders entscheiden und den E. zwingen, sein Recht schon vor der Übertragung des Gegenstandes an G. aufzugeben. Denn es könnte das möglicherweise nur dem V. zustatten kommen, wenn nämlich G. seinen Anspruch gegen V. nicht durchsetzen will oder kann[1]).

Ist das von E. erworbene Recht eine Hypothek, Grundschuld oder Rentenschuld, so bedarf es nicht ihrer Aufhebung; der Geschützte kann Abtretung an sich selbst verlangen. Denn das Interesse des G. wird nicht dadurch gestört, daß das Recht besteht, sondern nur dadurch, daß es dem E. zusteht[2]). Wenn die h. M.[3]) dem widerspricht, so tut sie es auf Grund ihrer falschen Vorstellung von der relativen Unwirksamkeit, indem sie die Hypothek des E. im Verhältnis zu G. als unwirksam behandelt.

III. Das Veräußerungsverbot besteht zu Gunsten des Anspruchs auf Einräumung eines beschränkten dinglichen Rechtes.

Läßt V. gleichwohl ein Recht für einen Dritten eintragen, so kann G. von V. oder auch unmittelbar von E. verlangen, daß dieses seinem Rechte nachgehe.

---

1) Knoke S. 432.

2) Knoke, S. 432, Raape, S. 61.

3) Planck, Bd. 3 zu § 888 I, 2a.

Im Falle, wo es sich um konkurierende Rechte an Grundstücken handelt, konstruiert Knoke[1]) mit Recht verschieden, je nachdem, ob das Veräußerungsverbot im Grundbuch eingetragen ist oder nicht. Im letzteren Falle bekommt eben G. gegen den wissentlich erwerbenden E. einen obligatorischen Anspruch auf Einräumung des Vorrangs. Diese Forderung des G. begründet einen Schadensersatzanspruch, wenn E. sein Recht an einen gutgläubigen Erwerber weiter veräußert.

Die Verwirklichung des relativen Veräußerungsverbots geschieht anders, wenn letzteres im Grundbuch eingetragen war. Hier dürfte V. in analoger Anwendung des § 881 BGB. die Befugnis behalten, das geschützte Recht mit dem Rang vor dem Rechte des E. einzutragen.

IV. Beim verbotswidrigen Verzicht sind verschiedene Fälle zu unterscheiden.

1. Dem V. ist die Veräußerung einer beweglichen Sache untersagt, er derelinquiert sie. Solange die Sache herrenlos bleibt, kann G. seinen Anspruch auf Übertragung auch dadurch verwirklichen, daß er selbst die Sache okkupiert. Konnte G. nur verlangen, daß V. die Sache behielt, so ist V. zur Okkupation selbst verpflichtet.

Nach der Aneignung der herrenlosen Sache durch einen Dritten E. besteht die gleiche Rechtslage, wie bei der verbotswidrigen Veräußerung. E. erwirbt das Eigentum an der Sache bei Kenntnis des Verbots mit der Verpflichtung, durch seine Zustimmung zu der Verfügung des V., sowie gegebenenfalls durch körperliche Übergabe den Anspruch des G. gegen V. zu

1) Knoke, S. 433 ff.

ermöglichen und V. bleibt zur Eigentumsübertragung an G. oder zur Bestellung des dinglichen beschränkten Rechts verpflichtet.

2. V. hat dem Veräußerungsverbot zuwider das Eigentum an seinem Grundstück aufgegeben.

Hat der Fiskus von seinem Aneignungsrecht (§ 928 Abs. 2) Gebrauch gemacht, so ist der Fiskus, während V. die Auflassung vorzunehmen oder die sonst von ihm geschuldete Verfügung zu treffen hat, verpflichtet, seine Zustimmung zu erteilen.

Ist der Fiskus noch nicht in das Grundbuch eingetragen, so ist er gleichwohl schon zur Erteilung der Zustimmung befugt. Denn man wird zu den Berechtigten im Sinne von § 185 auch den Inhaber eines ausschließlichen Aneignungsrechts zu zählen haben[1]). Es wäre doch unnötig, daß sich der Fiskus als Eigentümer eintragen läßt, nur um seine Zustimmung zur Verfügung des V. zu geben. Zwar ist der nichteingetragene Fiskus hierzu nicht verpflichtet, wenn er mit dem Grundstück nichts zu schaffen haben will. Zum Schutze des G. wird man diesem aber in analoger Anwendung des § 58 ZPO. das Recht geben, die Bestellung eines besonderen Vertreters zu beantragen[2]).

3. Hat V. als Inhaber einer Hypothek, Grundschuld oder Rentenschuld trotz des Veräußerungsverbots auf sein Recht verzichtet, so erwirbt der Eigentümer das Recht gemäß § 1163 BGB. Es schuldet hier wieder der Eigentümer dem G. die Zustimmung wie im Falle der Übertragung.

4. Ist auf ein sonstiges beschränktes dingliches Recht verzichtet, so erlischt es, aber G. er-

1) Knoke, S. 436 ff.

2) Knoke, S. 437, Raape, S. 63, Planck, Bd. 3 S. 218.

hält einen obligatorischen Anspruch gegen den Eigentümer der nunmehr unbelasteten Sache oder dessen Nachfolger auf Wiederherstellung des aufgegebenen Rechts. Der Gedanke, daß auch hier V. die Verfügung zu treffen habe, und E. nur seine Zustimmung dazu geben müsse, ist abzulehnen; denn das Recht ist untergegangen, eine Verfügung des V. daher undenkbar; vielmehr ist das Recht wieder herzustellen, wozu eine Verfügung des E. erforderlich ist. Dasselbe gilt im Falle der widersprechenden Löschung im Grundbuch eingetragener Rechte; auf Verlangen des G. ist E. verpflichtet, das erloschene Recht wieder herzustellen, außerdem hat G. gegen die Inhaber der im Rang nachstehenden Rechte, die infolge der Aufgabe vorgerückt sind, einen Anspruch auf Wiedereinräumung des Vorrangs.

5. Es ist dem Gläubiger einer Forderung ihre Veräußerung durch ein relatives Veräußerungsverbot untersagt.

Zieht er die Forderung trotzdem ein, so wird der in Unkenntnis des Verbots zahlende Schuldner, wie oben erwähnt[1]), gemäß § 135 Abs. 2, 407 befreit.

Eine Aufrechnung durch den Gläubiger (V.) schließt § 390 aus. Dagegen bleibt der Schuldner (E.), der zurzeit, als das Veräußerungsverbot erlassen wurde, eine aufrechenbare Forderung gegen V. hatte, zur Aufrechnung befugt. Dieser im § 392 für die Beschlagnahme anerkannte Satz muß nämlich auch für die übrigen Fälle eines relativen Veräunßerungsverbots Platz greifen.

Was endlich den Erlaß der Forderung anlangt, so vermag dieser, wenn der Schuldner das Verbot

1) Oben S. 55 ff.

kennt, die Forderung nicht zum Erlöschen zu bringen; es bleiben daher Bürgen und Pfänder haftbar. Dem Gläubiger, der das Erlöschen versucht hat, kann natürlich der Schuldner die Erfüllung verweigern[1]).

Kennt der Schuldner das Veräußerungsverbot bei dem Erlaß nicht, so erlischt die Forderung in analoger Anwendung des § 407.

Das bisher über die rechtsgeschäftliche Zuwiderhandlung Gesagte, gilt auch für die behördlichen Verfügungen; denn nach § 135 Abs. 1 S. 2 steht der rechtsgeschäftlichen Verfügung eine Verfügung gleich, die im Wege der Zwangsvollstreckung oder der Arrestvollziehung erfolgt. Daß diese Gleichstellung aus praktischen Rücksichten notwendig ist, liegt auf der Hand; ohne sie „brauchte ja der, welchem das Veräußerungsverbot entgegensteht, nur Schulden zu machen und sich exequieren zu lassen, um das Verbot zu umgehen“[2]).

Im Anschluß hieran trifft § 772 S. 1 CPO. sowie § 9 Nr. 1/2 ZVG. die Ordnungsvorschrift, daß, solange ein Veräußerungsverbot der in den §§ 135, 136 BGB. bezeichneten Art bestehe, der Gegenstand, auf welchen es sich beziehe, wegen eines persönlichen Anspruchs oder auf Grund eines infolge des Verbots unwirksamen Rechtes, nicht im Wege der Zwangsvollstreckung veräußert oder überwiesen werden solle. Der durch das Verbot Geschützte kann auf Grund des Verbotes gegen eine Zwangsvollstreckung nach Maßgabe des § 771 CPO. Widerspruchsklage oder nach § 766 Einwendungen erheben, jedoch vorausgesetzt, daß dem Erwerber nicht § 135 Abs. 2 zur Seite steht.

1) Knoke, S. 445.
2) Crome, Bd. 1 § 85 Anm. 25.

Das Konkursrecht kennt eine Einschränkung der Wirkungen des relativen Veräußerungsverbots, indem eine Verfügung des Konkursverwalters nicht gegen ein relatives Veräußerungsverbot verstoßen kann; nach § 13 KO. ist nämlich ein derartiges Verbot, welches gegen den Gemeinschuldner besteht, den Konkursgläubigern gegenüber unwirksam, weil das Konkursverfahren eine grundsätzliche Gleichbehandlung aller Gläubiger fordert.

Auf die kraft Gesetzes sich vollziehenden Erwerbungen Dritter bezieht sich § 135 nicht, da es an einer ausdrücklichen Gleichstellung fehlt[1]); aber ebensowenig wie im Falle des § 134[2]) können kraft Analogie die Vorschriften über rechtsgeschäftliche Verfügungen prinzipiell gelten; wohl kommt Analogie von Fall zu Fall in Betracht, sie ist da berechtigt, wo der Tatbestand der gesetzlichen Verfügung zwecks Umgehung der Verfügungsbeschränkung herbeigeführt wird.

Die aus relativen Veräußerungsverboten herrührenden Ansprüche erlöschen durch Ersitzung und Verjährung; wie bei den absoluten Veräußerungsverboten ist selbst das in Umgehungsabsicht erfolgende Geschehenlassen nicht der Verfügung gleichzustellen und daher das Veräußerungsverbot ohne jeden Einfluß.

Auf den guten Glauben des Erwerbers, den § 937 Abs. 2 BGB. für die Ersitzung fordert, kommt es hier nicht an; denn eine Ausdehnung desselben auf das Bestehen eines relativen Veräußerungsverbots wäre unzulässig, da das Verbot den Übergang des Eigentums nicht hindert, auf das allein sich der gute Glaube des § 937 bezieht.

---

1) Mot. I, S. 213.

2) Oben S. 42.

Durch ein relatives Veräußerungsverbot wird der obligatorische Vertrag, welcher die Verpflichtung zu der durch ein relatives Veräußerungsverbot untersagten Leistung begründet, nicht berührt; denn § 135 verbietet nur die Verfügung. Das Versprechen der untersagten Leistung ist also dem Versprechen einer solchen Leistung vergleichbar, die dem Schuldner deshalb unmöglich ist, weil er über den Gegenstand der Leistung wegen des Rechts einer dritten Person nicht verfügen kann. Die Verträge über subjektiv unmögliche Leistungen sind gültig[1]) und verpflichten daher zur Leistung des vollen Interesses[2]).

1) Enneccerus § 253, 2.

2) Enneccerus § 254 I, 1.

B. Die richterlichen Veräußerungsverbote.

§ 9.

1. Geschichtlicher Rückblick.

Wie oben erwähnt[1]), kannte schon das römische Recht richterliche Veräußerungsverbote; es wäre allerdings besser und genauer, hier statt von richterlichen, von prätorischen oder magistratischen Veräußerungsverboten zu reden; denn einmal heißt es in den Quellen, daß das Verbot vom Prätor ausgehe (l. 7 § 5 D. pro empt. 41. 4: „quem praetor ut suspectum heredem deminuere vetuit," l. 31 § 4 D. de reb. auct. iud. 42. 5: „contentus esse praetor debet, ut jubeat eum nihil minuere"), ferner ist ja auch die Tätigkeit des Richters in römischer Zeit meist auf eine Anweisung des Magistrats zurückzuführen. Die genannten Quellenstellen enthalten ein im Interesse der Erbschaftsgläubiger an den Erben gerichtetes Verbot, über Nachlaßgegenstände zu verfügen. Ein anderes Beispiel finden wir in der l. 8 D. de pollic. 50. 12, in welcher die Richter angewiesen werden, denjenigen, welcher eine pollicitatio zu Gunsten einer Stadtgemeinde abgelegt hat, zur Erfüllung seines Ver-

1) Oben S. 18.

sprechens anzuhalten und die Veräußerung eines dazu erforderlichen Grundstücks zu verbieten.

Dem römischen Rechte fremd und erst durch die Praxis der deutschen Gerichte entstanden[1]) sind die durch Verhängung des sogenannten dinglichen Sicherheits- oder Realarrests entstehenden Veräußerungsverbote. Wenn z. B. jemand dem Richter dartut, daß die Befriedigung seiner Forderung gefährdet sei, etwa dadurch, daß der Schuldner die Mittel zur Befriedigung beiseite zu bringen sucht oder der Flucht verdächtig ist[2]), so kann der Gläubiger dadurch, daß über jenen der Arrest verhängt wird, gesichert werden. Der Realarrest kann darin bestehen, daß die Sache in Sequestration genommen wird[3]), möglich ist es aber auch und bei Grundstücken geschah dies häufig, daß der Schuldner sie behalten durfte und ihm nur die Disposition über dieselben untersagt wurde[4]).

Die Veräußerung gegen ein richterliches Veräußerungsverbot hat Nichtigkeit zur Folge. Dies ergibt sich hinsichtlich der römischen prätorischen Veräußerungsverbote, wenn auch nur mittelbar, aus 1. 12 D. de usurp. et usuc. 41. 3[5]) und 1. 7 § 5 D. pro

---

1) Mittermaier S. 233.

2) Schmid S. 132.

3) Schmid S. 138.

4) Nach ZPO. § 930, 932 wird die Vollziehung des Arrestes als eines Sicherungsmittels für Geldforderungen bei beweglichen Sachen durch Pfändung, bei unbeweglichen Sachen durch Eintragung einer Sicherungshypothek, also durch Bestellung eines dinglichen Rechtes bewirkt, sodaß das Bedürfnis des Veräußerungsverbots wegfällt.

5) „Si ab eo emas, quem praetor vetuit alienare, idque tu scias, usucapere non potes.“

emptore 41. 4[1]), indem diese bestimmen, daß derjenige, welcher in Unkenntnis des Verbots die Sache erhält, diese ersitzen kann. Es mußte also Voraussetzung der Erörterung in diesen Stellen sein, daß die dem richterlichen Veräußerungsverbot zuwider geschehene Veräußerung nichtig sei, um überhaupt das Aushilfsmittel der Usucapion als Erwerbstitel in diesem Falle zu besprechen.

Von der gemeinrechtlichen Praxis wurde die Nichtigkeit der verbotswidrigen Veräußerung allgemein anerkannt[2]). Veräußerte der Schuldner z. B. die mit Arrest belegte Sache, so war dieser Akt null und nichtig[3]). Die Sache konnte jedem Besitzer wieder abgefordert werden.

Der Geschützte hat gegen den Veräußerer einen Anspruch auf Cession der rei vindication oder actio Publiciana und kann diese gegen den Drittbesitzer geltend machen.

Im Übrigen finden die für die gesetzlichen Veräußerungsverbote dargelegten Grundsätze entsprechende Anwendung.

§ 10.

2. Die richterlichen (behördlichen) Veräußerungsverbote nach geltendem Recht.

Im heutigen Rechte spielt das richterliche Veräußerungsverbot eine bedeutend größere Rolle als unter der Herrschaft des gemeinen Rechts.

---

1) „Qui sciens emit ab eo, quem praetor ut suspectum heredem deminuere vetuit, usu non capiet."

2) Seufferts, A. Bd. 29 Nr. 92.

3) Bayer S. 78, Schmid S. 139.

Der § 136 BGB. bestimmt: „Ein Veräußerungsverbot, das von einem Gericht oder von einer anderen Behörde innerhalb ihrer Zuständigkeit erlassen wird, steht einem gesetzlichen Veräußerungsverbote der im § 135 bezeichneten Art gleich".

Zu den Gerichten gehören Strafgerichte und Zivilgerichte, auch Gewerbegerichte, Kaufmanns- und Verwaltungsgerichte; zu den Behörden Reichsbehörden und Landesbehörden. Ob Gerichte und Behörden innerhalb ihrer Zuständigkeit gehandelt haben, und in welchen Fällen sie Veräußerungsverbote erlassen können, entscheidet das öffentliche Recht[1]).

Die Grenze zwischen behördlichen und gesetzlichen Veräußerungsverboten ist so zu ziehen, daß ein behördliches nur da anzunehmen ist, „wo die Behörde sich bei ihrem Erlaß das Verbot notwendig vorstellt, wenn also der Erlaß seiner Natur nach auf das Verbot gerichtet ist, nicht aber schon dann, wenn das Gesetz an den auf etwas anderes gerichteten Erlaß die Verbotsfolge anknüpft"[2]). Kein richterliches Veräußerungsverbot ist beispielsweise in den §§ 6, 7 KO. enthalten; denn der Eröffnungsbeschluß ordnet nur die Einleitung des Konkursverfahrens an, das Verbot aber knüpft sich von selbst kraft Gesetzes an den Beschluß, ohne daß es noch eines besonderen Ausspruches bedarf. Umgekehrt ist das Veräußerungsverbot des § 106 KO. ein behördliches, denn der richterliche Akt erschöpft sich darin, gerade dieses Verbot auszusprechen.

Ob die Abgrenzung der gesetzlichen und behördlichen Veräußerungsverbote praktische Bedeutung hat,

---

1) Staudinger zu § 136, 2.
2) Raape S. 93.

ist bestritten. Ein Teil der Literatur nimmt nämlich an, daß die letzteren stets relative Unwirksamkeit zur Folge hätten; nur bei den ersteren sei die bekannte Unterscheidung nach dem Schutzzweck zu machen.

Diese Ansicht[1]), daß die behördlichen Veräußerungsverbote stets relative Unwirksamkeit der widerstreitenden Verfügung bewirken, wird zwar durch den Wortlaut des § 136 begünstigt, wonach die behördlichen Veräußerungsverbote schlechthin mit den relativen gesetzlichen Veräußerungsverboten auf eine Stufe gestellt werden. Gegen sie spricht aber die Entstehungsgeschichte des Gesetzes, insbesondere die Motive[2]). Nach ihrer Bemerkung, der Zweck eines Veräußerungsverbots sei entweder der Schutz der Interessen aller oder einzelner, sagen sie wörtlich: „Es gilt dies sowohl für das gesetzliche wie für das richterliche Veräußerungsverbot. Die letztere Unterscheidung ist überhaupt mehr äußerer Natur; mittelbar beruht auch das richterliche Veräußerungsverbot auf Gesetz." Vor allem sind es Zweckmäßigkeitsrücksichten, die uns zwingen, die richterlichen Veräußerungsverbote bald den absoluten, bald den relativen Veräußerungsverboten gleichzustellen. Es wäre beispielsweise dem Zwecke der Vorschrift des § 93 StGB. schlecht gedient, wollte man der Beschlagnahme des Vermögens eines Hoch- oder Landesverräters nur die in § 135 aufgestellten Wirkungen auf Zuwiderhandlungen beilegen; denn es ist hier der Schutz der Allgemeinheit vor weiteren gefährlichen Unternehmungen des Verräters nur dann gewährleistet, wenn dessen Verfügungen über das beschlagnahmte Ver-

1) Wendt, Arch. Ziv. Prax. Bd. 89 S. 46.
2) Mot. I S. 222.

mögen für nichtig erklärt werden und der Angeschuldigte somit keine Möglichkeit mehr hat, Dritte mit seinen Mitteln anzustiften. Man wird also auch die behördlichen Veräußerungsverbote bezüglich der Wirksamkeit wie die gesetzlichen je nach der Schutztendenz in absolute und relative einteilen müssen[1]), sodaß es auf jene Abgrenzung praktisch nicht ankommt[2]).

Entsprechend den Vorschriften über die gesetzlichen Veräußerungsverbote gestaltet sich also auch die Wirksamkeit der richterlichen und behördlichen verschieden, je nachdem sie im Interesse der Allgemeinheit oder nur zum Schutze bestimmter Personen erlassen sind.

Ein richterliches absolutes Veräußerungsverbot im öffentlichen Interesse, welches die Nichtigkeit des ihm zuwider vorgenommenen Rechtsgeschäfts zur Folge hat, ist die gemäß § 332 StPO. und 93 StGB. (§ 480 StPO.) erfolgende Vermögensbeschlagnahme gegen abwesende Angeschuldigte, sowie bei Hoch- und Landesverrat. Mit dem Zeitpunkte der ersten Bekanntmachung des Beschlagnahmebeschlusses im Deutschen Reichsanzeiger verliert der Angeschuldigte das Recht, über das in Beschlag genommene Vermögen unter Lebenden zu verfügen (§ 334 Abs. 1 StPO.). Wie bei den bedingten Veräußerungsverboten[3]) auseinander gesetzt worden ist, kann der Angeschuldigte resp. Hoch- und Landesverräter die Veräußerung vorbehaltlich der Genehmigung des das beschlagnahmte Vermögen ver-

1) Staudinger zu § 135, 8; Crome § 85, 3; Dernburg § 124 II, 2; Planck zu § 135, 1; Raape S. 90.

2) RGE. Bd. 11 S. 189.

3) Oben S. 40.

waltenden Güterpflegers (§ 334 Abs. 2 StPO.) vornehmen, sodaß dann die Verfügung nicht nichtig, sondern in der Schwebe ist; wird die Genehmigung verweigert, so ist der Vertrag nichtig[1]). Das der Maßregel der Beschlagnahme innewohnende öffentliche Interesse besteht im Falle des § 332 StPO. darin, daß sich der Angeschuldigte aus Furcht vor einem Vermögensverlust dem Gericht stellt, sowie im Falle des § 93 StGB., daß der Angeschuldigte keine Mittel mehr zu ferneren verräterischen Unternehmungen noch zu seiner Befreiung oder Erschwerung der Untersuchung hat[2]). — Eine Verfügung ist ebenfalls nichtig, wenn gemäß § 94 StPO. eine Einziehung von Gegenständen erfolgt ist; vgl. StGB. § 40, 42, 152, 295, 360 Nr. 1, 2, 4, 5, 6, 14; 367 Nr. 7/9, 369 Nr. 2; Nahrungsmittelgesetz § 15.

Wird die Beschlagnahme bezw. Einziehung wegen Fortfalls ihrer Gründe nachträglich aufgehoben, so wird man mit Rehbein[3]) den § 115 BGB. analog anzuwenden haben.

Hauptfälle des relativen richterlichen Veräußerungsverbots sind z. B. die richterliche Beschlagnahme (nach § 140 Abs. 3 StGB.) zur Beitreibung der Geldstrafe und Kosten vom Vermögen solcher Leute, die sich der Wehrpflicht entzogen haben und nach § 325, 326 StPO. Zweck des Verbots ist, wie § 326 Abs. 3 ergibt, „Deckung der Staatskasse", also hier nicht Schutz der Allgemeinheit; ferner das vom Konkursgericht schon während des vorbereitenden Verfahrens

---

1) Raape S. 36.

2) Vgl. Mot. III S. 216.

3) Rehbein, Bd. 1 S. 173; Staudinger zu § 135, 8.

gemäß § 106 erlassene, nach § 113 KO. in das Grundbuch einzutragene, allgemeine Veräußerungsverbot; die einstweilige Verfügung nach § 935, 938 Abs. 2 CPO. zur Sicherung einer Individualleistung; das Verfügungsverbot im Wege der Zwangsvollstreckung (§ 938 Abs. 1) und des Arrestes in Forderungsrechte: CPO. §§ 829, 830, auch im Wege der Vorpfändung CPO § 845: ein weiteres Verbot im Sinne des § 136 bildet die Zahlungssperre im Verfahren zur Kraftloserklärung eines Inhaberpapiers nach § 1019 CPO. Die Wirkung der vom Richter auf Grund der CPO. erlassenen Veräußerungsverbote tritt mit Zustellung ein.

Nicht unter die Veräußerungsverbote der §§ 135, 136 fällt die Vormerkung (§ 883 ff. BGB.) trotz der mit ihr verbundenen Wirkungen der relativen Unwirksamkeit; denn dann könnte sie nicht durch Vertrag vereinbart werden, wie dies als Grundlage einer Bewilligung zur Eintragung vorausgesetzt ist (§ 885). Auch die einstweilige Verfügung, durch welche die Eintragung einer Vormerkung angeordnet wird, enthält m. E. kein Verbot im Sinne der §§ 135, 136, obwohl dieselbe einem relativen Veräußerungsverbote nahe steht, welches nach § 938 Abs. 2 CPO. mittels der einstweiligen Verfügung vom Gericht erlassen wird. Das Fehlen des Verbotscharakters bei der Vormerkung ergibt sich aus dem Zeitpunkt der Entstehung der Vormerkung; wäre sie nämlich ein Rechtsbefehl, eine Verfügungsbeschränkung, so würde sie wie das Veräußerungsverbot kraft Erlassung (Zustellung) d. h. deklaratorisch (§ 892 Abs. 2) und nicht erst kraft Eintragung ins Grundbuch wirken[1]).

---

1) Voss S. 339 ff.

Endlich zählt auch der bergrechtliche Enteignungsbeschluß des preußischen Rechts hierher zu den behördlichen Veräußerungsverboten. Hat der auf Grund der §§ 142, 135 ff. Pr. Brg. G. enteignete Eigentümer die enteigneten Grundstücke weiter veräußert, so ist der Erwerber verpflichtet, in die Eintragung des Bergwerksbesitzers als Eigentümer im Grundbuch einzuwilligen[1]).

Da gemäß § 136 die relativen behördlichen Veräußerungsverbote die gleiche Wirkung wie die relativen gesetzlichen haben, so können wir auf die diesbezüglichen Ausführungen verweisen.

1) RGE. Bd. 62 S. 215; JW. 06, S. 107.

C. Die rechtsgeschäftlichen Veräußerungsverbote.

Die auf Privatwillen beruhenden Veräußerungsverbote zerfallen in vertragsmäßige und letztwillige.

1. Die vertragsmäßigen Veräußerungsverbote.

§ 11.

a) Geschichtlicher Rückblick.

Schon die Römer wie das gemeine Recht behandelten die Verbindlichkeit eines vertragsmäßigen Veräußerungsverbotes verschieden, indem sie nur dasjenige Versprechen der Nichtveräußerung für gültig hielten, bei dem der Versprechensempfänger an der Einhaltung des Versprechens interessiert war; denn eine Obligation ohne jegliches Interesse des Gläubigers, also zur Befriedigung einer bloßen Laune, wäre unsittlich und müßte daher ungültig sein[1]). Während aber im römischen Recht ursprünglich ein Vermögensinteresse für einen gültigen Schuldvertrag erforderlich war[2]), genügte später nach richtiger Ansicht nur ein Affektionsinteresse[3]).

---

1) Kistner S. 26.

2 l. 9 § 2 D. 40. 7: ea enim in obligatione consistere, quae pecunia lui praestarique possunt; Dernburg, P. II § 17.

3) Kistner S. 36.

So wird beispielsweise das Versprechen des Eigentümers, sein Grundstück nicht zu veräußern, für ungültig erklärt, da es hier für das Vermögen des stipulators belanglos ist, in wessen Händen sich das Nachbargrundstück befindet[1]); in l. 11 D. 11. 7, wo auf die Übertretung dieses pactum de non alienando eine Konventionalstrafe gesetzt worden ist, wird die Gültigkeit des Versprechens wegen des durch die Strafe künstlich geschaffenen Vermögensinteresses anerkannt. Ein die Gültigkeit des Verbots bewirkendes pekuniäres Interesse besteht vor allem dann, wenn der stipulator ein dingliches Recht z. B. Pfandrecht an der Sache hat, deren Veräußerung untersagt ist: l. 7 § 2 D. 20. 5. Eine weitere Gruppe gültiger vertragsmäßiger Veräußerungsverbote im römischen Recht bilden die Fälle, wo sich der Eigentümer bei der Übertragung einer Sache deren Nichtveräußerung vom Erwerber zusagen läßt, wo sich also das Interesse schon durch den Vertrag zu erkennen gibt; denn in traditionibus rerum quodcumque pactum sit, id valere manifestissimum est (L. 48 D. de pact. 2. 14)[2]).

Ist der über die Nichtveräußerung geschlossene Vertrag gültig, so begründet er eine Obligation zwischen den beiden Kontrahenten, entbehrt jedoch der dinglichen Wirksamkeit. Nimmt also der Verpflichtete dennoch die Veräußerung vor, so tritt nicht — wie bei den gesetzlichen und richterlichen Veräußerungsverboten — Nichtigkeit der Rechtsübertragung ein, vielmehr erwächst dem Stipulanten nur eine persön-

---

1) l. 61 D. de pactis 2. 14.

2) Vgl. l. 75 D. 18, 1; l. 21 § 5 D. 19. 1; l. 135 § 3 D. 45, 1; l. 3 C. 4. 6; l. 9 C. 4. 54.

liche Klage gegen den Promittenten auf Rückgabe des Gegebenen oder Entschädigung[1]).

Wegen der mangelnden dinglichen Wirksamkeit des vertragsmäßigen Veräußerungsverbots kann der Stipulant dem dritten Erwerber sein Eigentum nicht streitig machen, selbst dann nicht, wenn dieser den Vertragsbruch kannte.

Eine wichtige Durchbrechung des Prinzips von der bloß obligatorischen Wirkung des vertragsmäßigen Veräußerungsverbots bildet der Vertrag, durch welchen der Verpfänder dem Pfandgläubiger die Nichtveräußerung der Pfandsache zusagt; dieser ist dinglich wirksam und macht die vertragswidrige Veräußerung nichtig: l. 7 § 2 D. de distr. pign. 20. 5[2]).

Betrachten wir weiterhin diejenigen vertraglichen Veräußerungsverbote, welche die Abtretung einer Forderung zum Gegenstande haben. Solche kennt zwar das römische Recht naturgemäß nicht, sondern erst das gemeine Recht, wo das Prinzip der Unübertragbarkeit der persönlichen Rechte nicht mehr herrschte, sodaß dem Gläubiger die Abtretung seiner Forderung verboten werden konnte. Für einen solchen Vertrag zwischen dem Gläubiger und einem Dritten gilt natürlich, weil hier von dem Vertrag zwischen Gläubiger und einem „Dritten“ (nicht Schuldner) die Rede ist, der hinsichtlich seiner Gültigkeit und Wirkung nicht besonders gestaltet sein kann, das gleiche wie bei dem in Bezug auf Sachen und Sachenrechte ge-

---

1) l. 3 C. 4. 6; l. 75 D. 18. 1; l. 135 § 3 D. 45. 1; l. 9 C. 4. 54; l. 7 C. 4. 51; l. 21 § 5 D. 19. 1; l. 48 D. 2. 14; Seuff, Arch. Bd. 33 Nr. 201; Mitteis S. 254, Windscheid-Kipp § 172a S. 903.

2) Dernburg, P. I § 9 Anm. 8.

schlossenen pactum de non alienando; der Vertrag entbehrt dinglicher Wirkung, eine trotz des Verbots vorgenommene Cession ist wirksam, der Kontrahent ist auf einen Schadensersatzanspruch gegen den Zuwiderhandelnden angewiesen. Von besonderer Art ist allein das zwischen dem Gläubiger und seinem Schuldner vereinbarte Cessionsverbot, pactum de non cedendo genannt.

Ein pactum de non cedendo wird in Folge des Interesses des Schuldners an der Nichtübertragung der Forderung stets gültig sein; in den meisten Fällen wird es für den Schuldner einen wirtschaftlichen Vorteil bedeuten, wenn ein Gläubigerwechsel ausgeschlossen ist, da der Cessionar im Gegensatz zum alten Gläubiger ohne Rücksicht auf den Vermögensstand pünktlich Zahlung verlangen könnte, da ferner der Schuldner Gefahr läuft, auf Grund einer unechten Cessionsurkunde zu zahlen. Größer noch kann das Affektionsinteresse des Schuldners an der Nichtübertragung der Forderung sein, da durch die Cession seine Vermögensverhältnisse auch Dritten bekannt und dadurch sein Ansehen, sein Kredit gefährdet werden könnte.

Ob das pactum de non cedendo der Forderung die Übertragbarkeit nimmt und infolgedessen auch gegen Dritte wirkt, ist bestritten. Zur Beantwortung dieser Frage können wir uns nicht auf positive Vorschriften stützen, da im römischen Recht die Existenz eines pactum de non cedendo ausgeschlossen war und das gemeine Recht keine diesbezüglichen gesetzlichen Entscheidungen getroffen hat. Man wird daher der Ansicht derer folgen müssen, die behaupten, daß der Privatwille eine Forderung nicht als unveräußerliche begründen könne, und die die Grundsätze, welche das

römische Recht für das Veräußerungsverbot von Sachen ausgebildet hat, in analoger Weise auf das Verbot der Cession von Forderungen anwenden wollen[1]). Zediert der Kreditor trotz des Verbots die Forderung, so ist die Cession gültig; der Schuldner muß dem Cessionar leisten, hat aber das Recht, sein Interesse wegen der Verletzung des Vertrages gegen den Zedenten geltend zu machen.

b) Die vertragsmäßigen Veräußerungsverbote nach geltendem Recht.

§ 12.

Bedeutung des § 137 BGB.

Der § 137 bestimmt: „Die Befugnis zur Verfügung über ein veräußerliches Recht kann nicht durch Rechtsgeschäft ausgeschlossen oder beschränkt werden. Die Wirksamkeit einer Verpflichtung, über ein solches Recht nicht zu verfügen, wird durch diese Vorschrift nicht berührt".

Satz 2 sagt, daß die Übernahme einer persönlichen Verpflichtung, nicht zu verfügen, vollwirksam sei; es kann sich also z. B. der Käufer dem Verkäufer gegenüber rechtlich verpflichten, die gekaufte Sache nicht weiter zu veräußern. Das rechtsgeschäftliche Veräußerungsverbot hat also obligatorische Wirkung. Wie wir schon bei Gelegenheit der Betrachtung des pactum de non alienando gesehen haben, müssen wir auch hier für die Gültigkeit der Obligation das Erfordernis eines Interesses des Gläubigers an der Einhaltung der Verpflichtung aufstellen; denn der Staat hat nicht die

1) Schlesinger S. 17; Kistner S. 65.

Aufgabe, bloße Launen zu befriedigen, solche Interessen wären unberechtigt. Für die Mehrzahl der Fälle wird bei mangelndem Interesse des Gläubigers entweder § 138 (Verstoß gegen die guten Sitten) oder § 242 (Erfüllung, also auch Forderung nur nach Treu und Glauben) oder § 226 (Schikane) die Zurückweisung des Gläubigers rechtfertigen[1]).

Nach herrschender Ansicht fordert das BGB. kein Geldinteresse des Gläubigers, es wird vielmehr zur Begründung einer klagbaren Obligation jedes andere schutzwürdige Interesse als genügend anerkannt[2]). Dies läßt sich aus den Materialien[3]), aus der grundsätzlichen Anerkennung der Vertragsfreiheit im Obligationenrecht und aus anderen positiven Aussprüchen des Gesetzes erkennen; es vermeidet nämlich einmal § 241 jede Erwähnung eines Geldinteresses und § 343 ordnet ferner bei Beurteilung der Angemessenheit der Strafhöhe an, „jedes berechtigte Interesse des Gläubigers, nicht bloß das Vermögensinteresse“ zu berücksichtigen.

Es ist demnach das Versprechen der Nichtveräußerung einer Sache oder einer Forderung als ein rechtlich verbindliches anzusehen, wenn der Versprechensempfänger ein Affektionsinteresse an der Erfüllung hat.

Die Frage, ob das vertragsmäßige Veräußerungsverbot auch über die obligatorische Gebundenheit hinaus wirksam ist, beantwortet das Gesetz im § 137 S. 1; hiernach ist eine weiter gehende Wirksamkeit ausgeschlossen, eine Veräußerung kann nicht durch

---

1) Enneccerus § 225 Anm. 16.

2) Enneccerus § 215 II 2; OLGE. Bd 1 S. 393; RGE. Bd. 47 S, 241.

3) Mot. II S. 3,

den Vertrag mit dinglicher Wirkung gehindert werden. Das entspricht nur rein praktischen Erwägungen; denn „wenn es dem Berechtigten frei stünde, sich der Verfügung über das Recht willkürlich zu entschlagen, so könnte auf diesem Wege das ganze Vermögen außer Verkehr gesetzt werden. Einer solchen Möglichkeit mußte das Gesetz im allgemeinen wirtschaftlichen Interesse entgegentreten“[1]). Es kann daher dem Dritten, auch wenn ihm das Verbot bekannt war, das erworbene Recht nicht streitig gemacht werden.

Es ist zu beachten, daß sich § 137 auf Rechtsgeschäfte jeder Art bezieht; es fallen darunter, wie erwähnt, einseitige und vertragliche Verfügungsbeschränkungen. Auch bei letzteren besteht nicht etwa zu Gunsten einer bestimmten Kategorie eine Ausnahme. Daß u. a. auch Eheverträge unter die Bestimmung des § 137 fallen, hat das Kammergericht in einer seiner Entscheidungen ausgesprochen[2]); denn auch ein Ehevertrag ist eine rein rechtsgeschäftliche Festsetzung unter den Eheleuten. Schon die Stellung des § 137 im allgemeinen Teil des BGB. beweist, daß der Gesetzgeber nicht eine bestimmte Art von Rechtsgeschäften gemeint hat, sondern daß er jedem rechtsgeschäftlichen Veräußerungsverbot, sei es auf dem Gebiete des Schuld-, des Familien-, oder des Erbrechtes dingliche Wirkung versagen wollte. Natürlich liegt kein nach § 137 zu beurteilendes rechtsgeschäftliches Verfügungsverbot zwischen Ehegatten vor, soweit letzteres die gesetzliche Folge eines Güterstandes ist (§ 1395).

---

1) Mot. Bd. III S. 77.

2) KG. Bd. 20 A. S. 292 ff.; OLGE. Bd. 1 S. 457.

Wird trotz des Verbots eine Verfügung vorgenommen, so ist dieselbe also gültig; der Schuldner hat jedoch bei Vorliegen eines gültigen Vertrags seinem Kontrahenten den Schaden zu ersetzen, den dieser durch die Verletzung des Verbots, durch die Verfügung erleidet; auf den Inhalt dieses Anspruches sind die allgemeinen Vorschriften der §§ 249 ff. anzuwenden. Um den oft recht schwierigen Beweis seines Interesses an der Nichtveräußerung zu vermeiden, wird sich für den Berechtigten schon beim Vertragsabschluß die Festsetzung einer Vertragsstrafe für den Fall der Zuwiderhandlung empfehlen (§ 340 Abs. 2).

Die obligatorische Wirkung äußert das vertragliche Veräußerungsverbot auch im Konkurse. Fällt also der durch das Verbot Gebundene im Konkurs und veräußert dann der Konkursverwalter das Recht, ohne das Verbot zu beachten, so kann der andere Vertragsteil seine Schadensersatzforderung wegen Verbotsverletzung oder seine Forderung auf die etwa festgesetzte Vertragstrafe gemäß § 26 KO. als Konkursforderung geltend machen.

Wegen der mangelnden dinglichen Wirkung beim vertraglichen Veräußerungsverbote gewährt zur Durchführung eines Anspruchs auf eine individuelle Leistung (z. B. Übertragung einer Sache) ein im Wege einstweiliger Verfügung erlassenes richterliches Veräußerungsverbot ein stärkeres Schutzmittel gegen zuwiderlaufende Verfügungen (§ 935 CPO. 136, 135 BGB).

Merkt der Berechtigte, daß der Verpflichtete der ihm zur Pflicht gemachten Unterlassung zuwider über den Gegendstand verfügen will, so hat er nach vollstreckbarem Urteil gemäß § 890 CPO. die Möglichkeit, die Unterlassung der Veräußerung durch richterliche Androhung von Geld- und Haftstrafen zu erzwingen.

§ 13.

Das vertragsmäßige Veräußerungsverbot und die Resolutivbedingung.

Die Parteien können die Verfügungsbefugnis abgesehen von dem Veräußerungsverbot auch durch Setzen einer Resolutivbedingung ausschließen, indem der Hauptvertrag für den Fall weiterer Verfügung auflösend bedingt wird. A. veräußert z. B. an B. eine Sache mit der Abrede, daß, wenn B. die Sache weiter veräußere, diese wieder in das Eigentum des A. oder in das eines Dritten C[1]) fallen solle. Daß das vertragliche Veräußerungsverbot Dritten gegenüber ohne Wirksamkeit ist, haben wir im vorhergehenden Teil gesehen; ob eine solche Abrede durch Einkleidung in eine mit dinglicher Kraft ausgestattete Resolutivbedingung auch rechtlich unter § 137 fällt, oder ob ihr dingliche Wirkung beigelegt werden kann, ist bestritten. An und für sich tritt nach § 158 Abs. 2 bei Eintritt der auflösenden Bedingung dingliche Wirkung ein, andererseits wird ein von § 137 nicht gebilligter Erfolg erzielt, daß der Schuldner seinen Gegenstand nicht weiterveräußern kann.

Schott[2]) hält einen durch Weiterveräußerung auflösend bedingten Vertrag für unzulässig und beurteilt ihn nach der Regel des § 137.

---

1) Der Gebundene selbst kann nicht Anfallsberechtigter sein; denn zum Wesen der auflösenden Bedingung gehört es, daß bei ihrem Eintritt die Wirkung des bedingten Rechtsgeschäfts aufgehoben wird, d. h., daß letzteres als nichtgeschlossen gilt.

2) Schott S. 305 ff. Zustimmend Crome Bd. 1 § 85 S. 379; Oertmann zu § 137 Bem. 2, a, β . .; Schloßmann Teil 2 S. 382.

Zum Beweise seiner Ansicht führt er aus, daß die ratio legis des § 137 auch für den Fall des bedingten Rechtsgeschäfts zuträfe, sodaß letzteres in Widerspruch mit § 137 stehe und als gegen ein gesetzliches Verbot verstoßend nach § 134 nichtig sei. Er[1]) sieht nämlich den Zweck des § 137 darin, daß jemandem nicht die Möglichkeit gegeben werden soll, Vermögenstücke außer Verkehr zu setzen und damit den Zugriffen seiner Gläubiger zu entziehen.

Diese praktischen Bedenken treffen aber nur dann zu, wenn das durch weitere Verfügung auflösend bedingte Recht dadurch dem Zugriff der Gläubiger entzogen wird. Zwar steht nach § 161 Abs. 1 S. 2 eine zwangsweise Verfügung der rechtsgeschäftlichen gleich, ohne daß die Begünstigung des guten Glaubens auch für jene gilt, sodaß der Schuldner durch Setzen einer derartigen Bestimmung sein Vermögen dem Zugriff der Gläubiger entziehen könnte. Aber diese Gefahr der Benachteiligung der Gläubiger wird klein sein, da sie einem unredlichen Schuldner leicht unmöglich gemacht werden kann. Meist wird nämlich die auf den Fall der Weiterveräußerung gestellte Resolutivklausel des Verfügungsverbots nur zum Scheine getroffen werden; dafür spricht, daß, wer ein Interesse daran hat, daß Sachen nicht in fremde Hände geraten, diese in der Regel bei seinen Lebzeiten selbst behalten, oder sofern ihre Übertragung nötig ist, dem anderen nur das übertragen wird, was nach Abzug des Verfügungsrechtes tatsächlich übrig bleibt, nämlich den Nießbrauch[2]). Ist nun die Klausel des Rückfalls nur simuliert, so kann der Gläubiger gemäß § 117 BGB. ihre Nichtigkeit geltend

1) S. 331.

2) Schott S. 326.

machen. Abgesehen hiervon bietet das Gesetz v. 21. 7. 1879 betr. die Anfechtung von Rechtshandlungen eines Schuldners außerhalb des Konkursverfahrens dem benachteiligten Gläubiger bei Benachteiligungsabsicht Hilfsmittel.

Wollte man selbst wegen der geringen Gefährdung der Gläubiger die Bedingung für unzulässig erklären, so wäre weiterhin zu entgegnen, daß die ratio legis für die Versagung der dinglichen Wirksamkeit in § 137 nicht oder zum mindesten nicht allein eine Verhinderung der Gläubigerbenachteiligung gewesen ist. Die Vorschrift des § 137 will vielmehr insbesondere verhindern, daß einem veräußerlichen Gegenstand der Stempel der Unveräußerlichkeit auferlegt werde. Diese Gefahr der Außerverkehrsetzung besteht jedoch bei einem durch Weiterveräußerung auflösend bedingten Vertrag nicht; denn da im Falle weiterer Verfügung der Hauptvertrag wieder aufgelöst wird und somit der Gegenstand an den Gläubiger oder einen Dritten zurückfällt, so bleibt derselbe veräußerlich. Es trifft also die ratio des § 137 für das bedingte Rechtsgeschäft nicht zu, sodaß letzteres nicht nach § 137 zu beurteilen ist. Riezler[1]) gelangt zu dem gleichen Resultat, indem er ausführt, der wahre Grund des § 137 sei ein juristisch-technischer gewesen, welcher für den Fall des bedingten Rechtsgeschäfts nicht zuträfe. Käme nämlich dem Veräußerungsverbot des § 137 dingliche Wirkung zu, so entstände damit ein Recht, das zugleich objektiv veräußerlich, subjektiv unveräußerlich sei, wodurch Verwirrung und Unsicherheit entstände. Bei dem für den Fall der Weiterveräußerung resolutiv bedingten Vertrag habe aber der Berechtigte kein so-

1) Krit. Viert. Bd. 48 S. 65 ff.

genanntes relativ-dingliches Recht, sondern ein Anwartschaftsrecht. Der Grundgedanke Rielzers, daß das Gesetz auf juristisch-technischen Gründen beruhe, erscheint mir aber sehr bedenklich, da der Gesetzgeber für seine Normen nicht technische, sondern praktische Gründe in Erwägung zieht.

Ebenfalls für die Möglichkeit einer dinglichen Sicherung durch Einkleidung der Verbotsabrede in eine Resolutivbedingung sprechen sich, jedoch meist ohne nähere Begründung, zahlreiche Schriftsteller aus[1]).

Während also regelmäßig der Dritte den Gegenstand von dem veräußernden Schuldner nicht erwirbt, ist der Berechtigte dem gutgläubigen Erwerber von Mobilien gegenüber nach § 161 Abs. 3 BGB. und § 932 schutzlos.

Da bei der Übertragung des Eigentums an einem Grundstücke die Hinzufügung einer Bedingung unzulässig ist (§ 925 Abs. 2), so kann der aufschiebend bedingte Anspruch auf Rückauflassung durch Vormerkung gesichert werden (§ 883 Abs. 1), sodaß sich der Erwerber nicht auf seinen guten Glauben berufen kann[2]).

Es ist noch kurz auf eine Behauptung von Schott (S. 333) einzugehen, der Gläubiger könne überhaupt keine Zwangsvollstreckung vornehmen, weil er für sich doch kein Recht erwerbe, sondern nur den Anfall an den Berechtigten bewirke. Ein solches Handeln fiele mithin unter das Schikaneverbot des § 226 BGB. und

---

1) Dernburg, BR. Bd. 1 S. 418; Biermann, Bd. 1 S. 180, Note 18; Planck zu § 137; Kom. d. RG.-Räte zu § 137; Staudinger zu § 137; Fischer-Henle zu § 137; Wurzel, S. 68; Brütt, S. 68; Buth, S. 71; Kistner, S. 85.

2) Planck zu § 137 a. E.

sei daher verboten, denn es könne keinen anderen Zweck haben, als dem durch die Bedingung Verpflichteten Schaden zuzufügen.

Dem gegenüber führt Heymann[1]) mit Recht aus, daß in einer solchen Handlungsweise des Gläubigers keine Schikane zu erblicken sei. Denn in der Gefahr des Verlustes liege ein sehr wertvolles Druckmittel zur Herbeiführung freiwilliger Erfüllung, sodaß das Vorgehen des Gläubigers nicht nur den Zweck hat, dem Schuldner zu schaden, und somit die Voraussetzung des § 226 entfällt.

§ 14.

Kann der Anspruch aus § 137 S. 2 durch grundbuchliche Eintragung des Verbots oder Vormerkung dinglich gesichert werden?

Wir haben gesehen, daß § 137 dem Privatwillen die Macht versagt, die Veräußerlichkeit mit dinglicher Wirkung auszuschließen. Betrachten wir nunmehr die Frage, ob diese dingliche Wirkung dem vertraglichen Veräußerungsverbot durch Eintragung in das Grundbuch verliehen werden kann oder ob eine solche Eintragung unzulässig ist.

Zur Beantwortung dieser Frage ist auf die Eintragungsfähigkeit der Rechte einzugehen.

Eintragungsfähig sind zunächst die dinglichen Rechte. Ihre Zahl ist fest umgrenzt, da der Grundsatz der Vertragsfreiheit für das Gebiet des Sachenrechts eingeschränkt ist. Dingliche Rechte an Grundstücken sind nach dem BGB.: Eigentum, Erbbaurecht,

---

1) Heymann, S. 48.

Dienstbarkeiten, das Vorkaufsrecht der §§ 1094 ff., Reallast und das Grundstückspfandrecht in Gestalt der Hypothek, Grund- und Rentenschuld.

Eintragungsfähig ist ferner nach § 892 Abs. 1 S. 2 eine Verfügungsbeschränkung bezüglich eines im Grundbuche eingetragenen Rechtes. Da das rechtsgeschäftliche Veräußerungsverbot eine Verfügungsbeschränkung darstellt, so erhebt sich die Frage, ob dieses mit unter die im § 892 bezeichneten Beschränkungen fällt, sodaß es, obwohl es sonst der dinglichen Wirksamkeit entbehrt, durch Eintragung verdinglicht werden kann. Manche sind geneigt, dies wegen der allgemeinen Fassung der gesetzlichen Bestimmung: „Ist der Berechtigte in der Verfügung über ein im Grundbuch eingetragenes Recht zu Gunsten einer bestimmten Person beschränkt . . .“ zu bejahen[1]). Die Gesetzesvorschrift beziehe sich auf alle, also auch auf rechtsgeschäftliche Verfügungsverbote. Das Gegenteil jedoch beweist die Entstehungsgeschichte des § 892. Im 1. Entwurf lautete der dem heutigen § 892 entsprechende § 837: „Zu Gunsten des redlichen Erwerbers gilt ein zu dieser Zeit aus dem Grundbuch nicht ersichtliches Veräußerungsverbot, welches nur zum Schutze des Interesses bestimmter Personen durch Gesetz, gerichtliche Verfügung oder Rechtsgeschäft begründet ist, als nichtbestehend“. Die Motive[2]) sagen hierzu: „die nur zum Schutze des Interesses bestimmter Personen dienenden Verfügungsbeschränkungen können durch das Gesetz oder eine gerichtliche Anordnung aber auch durch ein Rechtsgeschäft begründet werden. Der Grund, weshalb sie regel-

1) Böhm, S. 64.

2) Mot. III, S. 216.

mäßig nur durch Eintragung in das Grundbuch absolute Wirkung erlangen, liegt in der analogen Behandlung der dinglichen Rechte etc.“ Und S. 218: „Absolute Wirkung erlangt eine rechtsgeschäftliche Verfügungsbeschränkung nach Maßgabe des § 796 E. I, da sie zum Schutze bestimmter Personen dient, erst durch ihre Eintragung ins Grundbuch“. Im Gegensatz zum 1. Entwurf ließ aber der 2. Entwurf eine Verdinglichung des rechtsgeschäftlichen Veräußerungsverbots nicht zu, indem er in seinem dem § 892 entsprechenden § 810 Abs. 1 S. 2 nur in Ansehung der gesetzlichen und richterlichen Veräußerungsverbote bestimmte, daß sie dem Erwerber gegenüber wirksam seien, wenn sie aus dem Grundbuch ersichtlich oder dem Erwerber bekannt seien. Hier wurde also das rechtsgeschäftliche Veräußerungsverbot nicht miteinbezogen[1]).

Daß der heutige § 892 nicht ebenso in dieser einschränkenden Weise, sondern ganz allgemein von Verfügungsbeschränkungen spricht, kann nicht als Beweis dafür dienen, daß nach dem BGB. eine Eintragung auch des rechtsgeschäftlichen Veräußerungsverbots in das Grundbuch zulässig sei. Denn daß der Gesetzgeber es nicht verdinglichen will, geht zur Genüge aus der Bestimmung des § 137 S. 1 hervor. „Man kann dem Gesetzgeber nicht zumuten, daß er sich in § 892 wieder selbst desavouiere und gleichsam durch eine Hinterthüre trotzdem die Verdinglichung solcher Beschränkungen wieder zulasse, obwohl dies einen vollen Bruch mit dem Prinzip bedeuten würde“[2]).

---

1) Prot. Bd. 2, S. 76.

2) Zbl. f. F. G. Bd. 1, S. 518.

Die allgemeine Fassung des § 892 wurde vielmehr aus dem Grunde gewählt[1]), „damit auch diejenigen Beschränkungen getroffen würden, die sich für den eingetragenen Berechtigten aus dem Rechte eines Testamentsvollstreckers und Nacherben ergeben". Die durch E. II geschaffene, materielle Grundlage ist also nicht verändert worden.

Wir fassen das Ergebnis zusammen, daß eine Eintragung der rechtsgeschäftlichen Verfügungsbeschränkungen wegen Versagung der dinglichen Wirksamkeit bedeutungslos und somit überhaupt unzulässig ist[2]).

Die Anwendbarkeit des § 892 in Bezug auf vertragliche Veräußerungsverbote ist übrigens gegeben, wenn sich der Gläubiger dem Eigentümer (Schuldner) gegenüber verpflichtet hat, eine Forderung (Hypothek, Grundschuld, Reallast, Ausübung eines Nißbrauchsrechts) nicht an Dritte zu veräußern. Dieses Verbot hat an sich Wirkung gegen Dritte[3]) und § 892 Abs. 1 S. 2 hat hier zur Anwendung zu kommen, damit die Wirksamkeit der an sich gegen den Erwerber wirkenden Verfügungsbeschränkungen mit dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs in Einklang gebracht wird. Hat der Eigentümer mit seinem Hypothekengläubiger ein derartiges Veräußerungsverbot bedungen, und dieser zediert trotzdem, so ist Erwerb des Dritten dem Eigentümer gegenüber unwirksam, sofern das Verbot eingetragen oder dem Erwerber bekannt war[4]).

---

1) Prot. Bd. 6, S. 386.

2) Planck zu § 137 KG. Bd. 20, S. 292, Bd. 21, S. 133.

3) Oben S. 101.

4) Staudinger, § 892 III, IV 2aγ.

Zu den eintragungsfähigen Bestimmungen gehören neben den dinglichen Rechten und den Verfügungsbeschränkungen des § 892 noch Vormerkungen und Widersprüche. Während letztere gegen ein im Grundbuch eingetragenes Recht protestieren, dienen jene zur Sicherung obligatorischer Ansprüche. Obwohl das Gesetz in § 137 S. 2 eine obligatorische Wirkung des Vertrags zuläßt, kann der aus dem vertraglichen Veräußerungsverbot entspringende obligatorische Anspruch auf Unterlassung der Weiterveräußerung als solcher nicht durch Eintragung einer Vormerkung dinglich gesichert werden. Denn gemäß § 883 kann man nicht jeden beliebigen obligatorischen Anspruch vormerken, sondern nur diejenigen, die auf Einräumung oder Aufhebung eines Rechtes an einem Grundstück oder an einem das Grundstück belastenden Rechte oder auf Änderung des Inhalts oder des Ranges eines solchen Rechtes gerichtet sind.

Wir haben somit festgestellt, daß ein vertragliches Veräußerungsverbot nur dann eingetragen werden kann, wenn dadurch zugleich für eine bestimmte Person ein Anspruch auf ein Recht am Grundstück oder an einem dasselbe belastenden Rechte vorgemerkt wird[1]).

Kann das Veräußerungsverbot aus Mangel an einem auf Rechtsänderung gerichteten Anspruch nicht durch eine Vormerkung dinglich gesichert werden, so ist eine Verdinglichung der sich bei eintretender Verletzung des Verbots ergebenden Ersatzansprüche, etwa einer Konventionalstrafe, möglich, indem eine Vormerkung für den künftigen Anspruch auf Einräumung

1) Rehbein, S. 179.

einer Sicherungshypothek (§ 866 ZPO.) gemäß § 883 eingetragen wird[1]).

§ 15.

Der Nichtveräußerungsvertrag des Hypothekengläubigers mit seinem Schuldner.

Eine wichtige Ausnahme von der Bestimmung des § 137 S. 2, der von der obligatorischen Wirkung des rechtsgeschäftlichen Veräußerungsverbots handelt, findet sich im Hypothekenrecht des BGB., im § 1136. Danach ist eine Vereinbarung, durch die sich der Eigentümer dem Gläubiger gegenüber verpflichtet, das (belastete) Grundstück nicht zu veräußern oder nicht weiter zu belasten, nichtig. Hier ist also der Verbotsabrede auch die obligatorische Wirksamkeit entzogen; der zuwiderhandelnde Promittent macht sich daher wegen Übertretung des Verbots nicht schadensersatzpflichtig und gemäß § 344 ist wegen der gesetzlich bestimmten Nichtigkeit der Vereinbarung auch die für den Fall der Veräußerung oder Weiterbelastung getroffene Vereinbarung einer Vertragsstrafe unwirksam. Diese Bestimmung, die dem zwischen Grundstückseigentümer und Hypothekar vereinbarten Veräußerungsverbot sogar die obligatorische Kraft nimmt, erscheint umso auffallender, als sie ganz im Gegensatz zu derjenigen des römischen Rechts steht; denn das alte Recht (1. 7 § 2 D. 20. 5) hat, wie wir gesehen haben, jenem Vertrag gerade die stärkste Wirkung zuerkannt, indem es die verbotswidrige Veräußerung des Pfandobjekts für nichtig erklärte.

---

1) RGE. Bd. 73 S. 16 ff.; Güthe, Bd. 1 S. 222.

Ist in einem Hypothekbestellungsvertrag die Bestimmung getroffen, daß der Eigentümer das Grundstück nicht veräußern oder weiter belasten dürfe, so greift § 139 Platz: „Ist ein Teil eines Rechtsgeschäfts nichtig, so ist das ganze Rechtsgeschäft nichtig, wenn nicht anzunehmen ist, daß es auch ohne den nichtigen Teil vorgenommen sein würde.“ — Wird auf Grund eines Pfandvertrags Hypothekbestellung in Verbindung mit einem Veräußerungsverbot beantragt, so spricht aus § 139 die Vermutung für Nichtigkeit des ganzen Rechtsgeschäfts, und der Grundbuchrichter wird darum die Eintragung der Hypothek ablehnen[1]).

Wie sich aus der Vorschrift des § 1136 ergibt, ist die obligatorische Wirkung des Vertrags nur dann versagt, wenn derselbe zwischen Eigentümer und Hypothekengläubiger mit Rücksicht auf dessen Gläubigereigenschaft erfolgt; denn der Gesetzgeber will dem Eigentümer nicht die Möglichkeit weiteren Realkredits abschneiden und dem Gläubiger nicht in die Hand geben, eine über das erforderliche Maß hinausgehende Sicherheit seiner Forderung zu erlangen[2]). Ist also eine Beziehung der Abrede auf das Gläubigerrecht nicht ersichtlich, so bewendet es sich bei der allgemeinen Regel des § 137. Dies würde z. B. der Fall sein, wenn einem Kaufvertrage das Veräußerungsverbot hinzugefügt wird und wenn dann in demselben Vertrage dem Veräußerer wegen des Kaufgeldes eine Hypothek bestellt wird; eine solche Vereinbarung wäre demnach nicht nach § 1136 zu beurteilen, sondern könnte zwischen den Parteien obligatorische Wirkung erzeugen[3]).

1) Planck zu § 1136, Fuchs zu § 1136.
2) Mot. III, S. 682.
3) Vgl. RGE. Bd. 55 S. 78.

Gültig ist ebenfalls ein Vertrag zwischen Hypothekengläubiger und dem Eigentümer dahingehend, daß jener befugt sein soll, seine Forderung zu kündigen, sobald das verpfändete Grundstück veräußert oder weiter verpfändet wird. Hierin mag zwar sehr oft eine tatsächliche Verfügungsbeschränkung liegen, eine rechtliche ist es jedenfalls nicht[1]).

Wir haben bisher nur den Fall des § 1136 ins Auge gefaßt, der von der Nichtigkeit einer Abrede des Eigentümers mit dem Gläubiger, sein Grundstück nicht zu belasten oder zu veräußern, die Rede ist. Betrachten wir nun die Vereinbarung, durch die umgekehrt dem Hypothekgläubiger die Grundstücksveräußerung zum Zwecke seiner Befriedigung verboten wird. Die Nichtigkeit eines solchen Vertrags ergibt sich von selbst; denn die Bestimmungen über den Inhalt der Hypothek, wonach der Gläubiger sich im Wege der Zwangsvollstreckung befriedigen kann[2]), sind zwingenden Rechts, dem Privatwillen ist hier kein Spielraum gelassen. Ein solcher Vertrag würde nach § 134 nichtig sein, sodaß sich der die Zwangsversteigerung betreibende Gläubiger dem Eigentümer gegenüber nicht haftbar macht[3]).

Nicht unter § 137 fällt ein Vertrag, durch den sich der Hypothekengläubiger dem Eigentümer gegenüber verpflichtet, unter gewissen Umständen das Grundstück zu entpfänden[4]); denn es handelt sich hier nicht um den Ausschluß bezw. die Beschränkung der Ver-

---

1) Dernburg, BR. Bd. 3 S. 638; Biermann, § 1136; RGE. Bd. 9, S. 80 ff.

2) §§ 1113, 1147 BGB., § 866 ZPO.

3) Planck zu § 1136, Boettinger, S. 102.

4) OLGE. Bd. 4 S. 237.

fügungsbefugnis, denen § 137 die dingliche Wirkung versagt, sondern um die Verpflichtung des Hypothekengläubigers, über sein Recht bei Eintritt der Voraussetzungen zu verfügen, d. i. die Löschungsbewilligung zu erteilen.

§ 16.

Das vertragsmäßige Cessionsverbot.

Von dem im § 137 S. 1 zum Ausdruck gebrachten Prinzip, daß der Privatwille die veräußerlichen Rechte ihrer Verkehrsfähigkeit nicht zu berauben vermag, finden wir im § 399 BGB. eine wichtige Ausnahme; eine Ausnahme bildet diese Vorschrift deswegen, weil sich jene Regel auch auf veräußerliche Forderungsrechte erstreckt. Der 1. Entwurf beschränkte dieselbe zwar nur auf Sachenrechte, indem er in seinem § 796 bestimmte: „Die Befugnis desjenigen, welchem das Eigentum oder ein anderes Recht an einer Sache zusteht, über sein Recht zu verfügen, kann nicht durch Rechtsgeschäft mit Wirkung gegen Dritte ausgeschlossen oder beschränkt werden, soweit nicht das Gesetz ein anderes bestimmt". Im 2. Entwurf ging man aber weiter und dehnte diese Bestimmung auf alle veräußerlichen Rechte aus. Es bildet daher die Vorschrift, welche es duldet, veräußerliche Forderungsrechte durch Rechtsgeschäft zu unveräußerlichen zu machen, eine Ausnahme von § 137. Der Gesetzgeber glaubte dieselbe zulassen zu sollen mit Rücksicht auf den eigenartigen Charakter des Forderungsrechtes, besonders mit Rücksicht darauf, daß hier keine sichtbare Ware vorliegt, an welche sich der Dritte halten kann, und daß es beim Forderungsrecht mehr als bei

jedem anderen Rechte auf die persönliche Bindung ankommen könne, daß es dem Schuldner gerade von Wert sein könne, nur an einen bestimmten Gläubiger leisten zu müssen. Es bestimmt daher § 399, daß eine Forderung nicht abgetreten werden kann, wenn die Abtretung durch Vereinbarung mit dem Schuldner ausgeschlossen ist. Eine solche Abrede ist auch dahin möglich, daß nicht allgemein jede Abtretung untersagt, sondern nur Unzulässigkeit der Veräußerung an bestimmte Personen vereinbart wird. Denkbar ist auch ein Veräußerungsverbot in genereller Form, wenn z. B. 2 Kaufleute gegenseitig für die in ihrem Kaufverhältnis entstehenden Forderungsrechte das Abtretungsverbot vereinbaren[1]). Dieser Ausschluß der Übertragbarkeit kann sowohl bei Begründung der Forderung vereinbart als auch später hinzugefügt werden. Das Abtretungsverbot wirkt absolut; jede hiergegen verstoßende Verfügung ist unwirksam, ein Schutz des gutgläubigen dritten Erwerbers findet nicht statt, abgesehen von dem Fall, wenn die für unübertragbar erklärte Forderung unter Vorlegung einer vom Schuldner ausgestellten Schuldurkunde abgetreten wird[2]), aus der die Verbotsklausel nicht ersichtlich ist. Dann kann sich nämlich der Schuldner auf die Verbotsabrede nicht berufen, es sei denn, das er beweist, daß der neue Gläubiger bei der Abtretung den Sachverhalt gekannt habe oder kennen mußte.

Wie es auf Grund des § 399 den Parteien gegeben ist, eine veräußerliche Forderung in eine unveräußerliche umzuwandeln, so kann diese nachträglich auch wieder zur veräußerlichen gemacht werden. Wenn

1) Eckstein, S. 42.

2) § 405 BGB.

daher der Schuldner der Abtretung zustimmt, so muß hierin die Aufhebung der früheren Vereinbarung erblickt werden. Man wird weitergehen können und stillschweigende Genehmigung annehmen dürfen, wenn der Schuldner dem neuen Gläubiger anstandslos die Forderung berichtigt. Ist dies der Fall, dann kann sich der bisherige Gläubiger nicht auf das Abtretungsverbot berufen und etwa nochmalige Zahlung verlangen. Er hat ja durch die Abtretung zu erkennen gegeben, daß er die an den neuen Gläubiger erfolgte Leistung so bewirken lassen wolle, wie wenn sie an ihn selbst erfolgt wäre[1]). Ferner wird man die als solche ungültige Abtretung nicht selten in Anwendung des § 140[2]) als unwiderrufliche — § 168 S. 2 — Vollmacht, die Forderung im Namen des Zedenten einzuziehen, auffassen müssen[3]), in der Annahme, daß der Gläubiger letzteres Rechtsgeschäft gewollt hätte, wenn er daran gedacht hätte.

Obwohl gemäß § 851 CPO. Abs. 1 eine nicht übertragbare Forderung auch nicht pfändbar ist, kann § 399 dem Gläubiger nicht die Möglichkeit bieten, das in Forderungen bestehende Vermögen dem Zugriff der Gläubiger zu entziehen; denn § 851 Abs. 2 CPO. erklärt eine nach § 399 nicht übertragbare Forderung gleichwohl für pfändbar; sie gehört daher auch zur Konkursmasse, da § 1 Abs. 4 KO. nur solche Gegenstände als nicht zur Konkursmasse gehörig bezeichnet, die der Pfändung nicht unterworfen sind.

---

1) Planck zu § 399.

2) § 140: Entspricht ein nichtiges Rechtsgeschäft den Erfordernissen eines anderen Rechtsgeschäfts, so gilt das letztere, wenn anzunehmen ist, daß dessen Geltung bei Kenntniß der Nichtigkeit gewollt sein würde.

3) Enneccerus, § 302 III. 2; Dernburg, Bd. 2 § 137 I.

Da, wie erwähnt, die Ausnahme des § 399 im Interesse des Schuldners, also nur für eine Vereinbarung zwischen Gläubiger und Schuldner besteht, so fällt ein zwischen dem Gläubiger und einem Dritten z. B. dessen Gläubiger vereinbartes Cessionsverbot nicht unter § 399; letzteres wäre vielmehr nach der Regel des § 137 zu beurteilen, sodaß es nur zwischen dem Verpflichteten und Berechtigten wirken würde, eine verbotswidrige Abtretung also selbst an einen bösgläubigen Dritten gültig wäre.

Da § 413 BGB. die Vorschriften über die Übertragung von Forderungen auch auf die Übertragung anderer Rechte für anwendbar erklärt, soweit nicht das Gesetz ein anderes vorschreibt, so müssen wir auch bezüglich dieser die dingliche Wirkung des vertragmässigen Cessionsverbotes anerkennen. Es fallen darunter vor allem die Patent-, Urheber- und Verlagsrechte. Es kann beispielsweise das einem anderen eingeräumte Recht zur Ausnutzung des Patentrechts durch eine bei der Einräumung getroffene Vereinbarung zu einem unveräußerlichen gemacht werden. Bezüglich des Verlagsrechts enthält das Gesetz über das Verlagsrecht v. 19. 6. 1901 in seinem § 28 Abs. 1 S. 1 noch eine ausdrückliche Bestimmung: „Die Rechte des Verlegers sind übertragbar, soweit nicht die Übertragung durch Vereinbarung zwischen dem Verfasser und dem Verleger ausgeschlossen ist."

Betrachten wir zum Schluß noch das Cessionsverbot bei Anweisungen, das seine Regelung in § 792 BGB. gefunden hat.

Für den Fall, daß der Angewiesene die Anweisung angenommen hat, sodaß für den Anweisungsempfänger ein Forderungsrecht entstanden ist, ist ein später vom Anweisenden hinzugefügtes Verbot der Übertragung

nach den allgemeinen Regeln des § 137 zu beurteilen, d. h. dasselbe wirkt nicht gegen Dritte, sodaß der Anweisungsempfänger sein Forderungsrecht auf einen Dritten gültig übertragen kann.

Besonders geregelt ist im § 792 Abs. 2 nur die Frage, ob der Anweisende die Übertragung der Anweisung mit dinglicher Wirkung ausschließen kann, mit andern Worten ob der Anweisende mit dem Verbot der Übertragung zugleich auch dem Angewiesenen und dem Anweisungsempfänger die Ermächtigung entzieht, die Leistung an einen Dritten zu bewirken resp. einen Dritten zum Forderungsberechtigten zu machen. Diese weitergehende Wirkung des Verbots läßt das Gesetz zu, jedoch wird der gutgläubige Angewiesene geschützt, indem das Verbot ihm gegenüber dann nicht wirkt, wenn ihm zur Zeit, als er die Anweisung angenommen oder die Leistung bewirkt hat, die Ausschließung nicht von dem Anweisenden mitgeteilt worden ist und wenn er das Verbot auch nicht aus der Anweisung entnehmen konnte. Daß der Anweisende berechtigt ist, die Veräußerung der Anweisung auszuschließen, folgt schon aus seiner Befugnis, vor Annahme der Anweisung durch den Angewiesenen letztere zu widerrufen.

§ 17.

Das vertragsmäßige Veräußerungsverbot des Landesrechts.

§ 137 gilt natürlich nur, soweit nicht das Gesetz ein Anderes bestimmt. Auch Landesgesetze können von § 137 abweichende Bestimmungen enthalten, indem sie dem rechtsgeschäftlichen Verfügungsverbot noch Wirkung gegen Dritte zuerkennen, soweit einzelne

Rechtsgebiete durch das Einführungsgesetz dem Landesrecht vorbehalten sind.

Die wichtigste Vorschrift dieser Art findet sich in Art. 59 EG. z. BGB. Danach sollen die landesgesetzlichen Vorschriften über Familienfideikommisse unberührt bleiben. Ein Familienfideikommiß ist ein Vermögenskomplex, der kraft rechtsgeschäftlicher Festsetzung des Stifters unveräußerlich sein und sich nach einer bestimmten Sukzessionsordnung in der Familie forterben soll. Das Verbot hat dingliche Wirkung, Verfügungen des Fideikommißbesitzers sind also unwirksam, wobei aber der gutgläubige Erwerber geschützt wird (Art. 61). Da die Bestimmung der Unveräußerlichkeit aus der Anwartschaft des Nachfolgers folgt, so ist diese Verfügungsbeschränkung wie jene in § 161 nicht singulär und enthält daher von unserem Standpunkt aus[1]) kein Veräußerungsverbot. Es fällt daher aus dem Rahmen dieser Arbeit, darauf einzugehen, welcher Art die Unwirksamkeit der verbotenen Verfügung ist[2]).

Als rechtsgeschäftliches Veräußerungsverbot kommt eine weitere landesgesetzliche Ausnahme von § 137 in Betracht, die sich aus Art. 62 EG. z. BGB. herleiten läßt. Hier werden die landesgesetzlichen Vorschriften über Rentengüter aufrechterhalten. Ein Rentengut ist ein Grundstück, welches gegen Übernahme einer festen Rente zu Eigentum übertragen ist[3]). Im Preußischen Rentengutsgesetz vom 27. Juni 1890[4]) § 3 ist eine vertragsmäßige Vereinbarung zwischen Erwerber und

---

1) Oben S. 35.

2) S. näheres Raape S. 162.

3) Preuss. AG. z. BGB. Art. 29.

4) Preuss. GS. 1890 S. 210.

Rentenberechtigtem für zulässig erklärt, wonach eine Zerteilung des Grundstücks oder die Veräußerung von Teilen desselben nur mit Zustimmung des Rentenberechtigten erfolgen dürfe. Hier liegt ein rechtsgeschäftliches Veräußerungsverbot vor, deren dingliche Wirkung vom Gesetz anerkannt ist.

Eine analoge Bestimmung findet sich im Gesetz betreffs die Beförderung Deutscher Ansiedelungen in den Provinzen Westpreußen und Posen vom 26. April 1886 § 5[1]).

2. Die letztwilligen Veräußerungsverbote.

§ 18.

a) Geschichtlicher Rückblick.

Die letztwilligen Veräußerungsverbote waren im römischen Recht der Republick ohne rechtliche Bedeutung. Im klassischen Recht der Kaiserzeit wurde dies dahin geändert, daß nur dann Nichtigkeit des Verbots eintreten solle, wenn es in niemandes rechtlichem Interesse, ohne tertius cuius respectu, gegeben sei. Wenn es aber zum Vorteil einer bestimmten Person ergangen war, so sollte dies als Vermächtnis angesehen und nach dessen Grundsätzen behandelt werden.

Das durch letztwillige Verfügung erlassene Verbot, an dessen Einhaltung niemand ein Interesse hatte, galt als rechtlich bedeutungsloses nudum praeceptum, welchem nicht Folge geleistet zu werden brauchte. Das Fehlen eines Interesses an der Nichtveräußerung ist immer dann der Fall, wenn das Verbot ganz all-

1) Preuss. GS. 1886 S. 131 vgl. Brütt S. 79 ff.

gemein gegeben ist, ohne ein Subjekt zu nennen[1]). So spricht sich die l. 114 § 14 D. de legatis I aus: Divi Servus et Antonius rescripserunt eos, qui testamento vetant quid alienari, nec causam exprimunt, propter quam id fieri velint, nisi invenitur persona, cuius respectu hoc a testatore dispositum est, nullius esse momenti scripturam, quasi nudum praeceptum reliquerint. Die gleiche Bedeutung eines bloßen Rats hat auch das vom Testator an den Erben gerichtete Verbot, eine hinterlassene Sache nicht zu veräußern, wenn der Erbe allein der Interessierte ist[2]).

Das testamentarische Verbot ist dagegen verbindlich, wenn es mit Rücksicht auf eine gewisse dritte Person, eine persona cuius respectu, ergangen ist. So bestimmt l. 114 § 14 D. I. weiter: Quod si (zu ergänzen ist: qui testamento vetant quid alienari) liberis aut posteris aut libertis aut heredibus aut aliis quibusdam personis consulentes eius modi voluntatem significarent, eam servandam esse. Diesem Erfordernis des Interesses eines Dritten wird stets dann entsprochen, wenn in der letztwilligen Anordnung zugleich „die stillschweigende Errichtung eines Fideikommisses enthalten“ ist[3]); ebenso sind die Interessen Anderer als des Erben bedacht, wenn die Untersagung der Veräußerung einer hinterlassenen Sache dem Erben und seinen Nachkommen oder Miterben zum Vorteil gereichen soll; denn hier liegt in dem Veräußerungsverbote der Wille des Testators, „daß die Sache nach dem Ableben des Erben an dessen Kinder oder

1) Lauk ZS. f. Civil. R. u. Pr. Bd. 5 S. 11.

2) L. 38 § 4, l. 93 pr. D. de legatis III.

3) Seuffert, Arch. f. Entsch. d. oberst. G. Bd. 8 No. 302.

an die Miterben fallen soll, also ein bedingtes Vermächtnis“ [1]).

Verbindlich ist auch das testamentarische Veräußerungsverbot des Erblassers bezüglich einer im Eigentum des Erben stehenden Sache, an welcher ein Dritter interessiert ist. Dieses Recht, dem Onerierten die Veräußerung seiner eigenen Sache zu verbieten, erkennt schon Gaius an mit den Worten: non solum suam rem testator utiliter legare potest, sed etiam heredis sui [2]).

Die Wirkungen des testamentarischen Veräußerungsverbots sind verschieden, je nachdem es sich um eine Sache des Erblassers oder des Erben handelt.

1. Im letzteren Fall, wo der Testator die Veräußerung einer dem Erben gehörigen Sache verbietet, finden die oben entwickelten Regeln über die Wirkung des vertragsmäßigen Verbots Anwendung. Auch hier kann nur ein obligatorisches Verhältnis zwischen dem Erben und dem Bedachten begründet werden, das die Grundlage für Schadensersatzansprüche bildet; die trotz des Verbots vorgenommene Veräußerung ist gültig [3]).

2. Anders wenn die Veräußerung einer hinterlassenen Sache untersagt worden ist, sei es, damit sie nach einer bestimmten Zeit oder mit dem Eintritt einer Suspensivbedingung in das Eigentum eines Dritten fallen könne, oder, damit ein dingliches Recht, das er diesem eingeräumt hatte, erhalten bliebe. Hier ist eine dem Verbot zuwiderlaufende Verfügung nichtig;

---

1) Enneccerus-Lehmann S. 140.

2) Gaius II § 210, ferner l. 38 §§ 4, 5 D. 45. 1; l. 1 C. 6. 43.

3) Windscheid P. I § 172 a Anm. 5; Pernice, Labeo, III 60, 5.

da nämlich der interessierte Dritte im Wege der Auslegung als Vermächtnisnehmer zu betrachten und somit in dem testamentarischen Veräußerungverbot zugleich die Anordnung eines Vermächtnisses enthalten ist, so erfolgt die Nichtigkeit auf Grund der l. 3 C. 6. 43, nämlich des gesetzlichen Verbots der Veräußerung einer vermachten Sache. Es koinzidiert"[1]) hier mit dem testamentarischen also zugleich ein gesetzliches Veräußerungsverbot, das dem letztwilligen Veräußerungsverbot dingliche Wirkung verleiht.

Keine Wirksamkeit hat das testamentarische Veräußerungsverbot, wenn es den Gläubigern des Erblassers oder dem Fiskus zum Nachteil gereichen würde; denn die für ein Vermächtnis geltende Bestimmung der l. 114 § 14 D. de legatis I a. E., haec neque creditoribus neque fisco fraudi esse, findet auch für jene letztwillige Anordnung Anwendung. Im Falle der Geltendmachung der Forderungen der Gläubiger des Testators oder des Fiskus verliert also das testamentarische Veräußerungsverbot jede Kraft[2]).

§ 19.

b) Die letztwilligen Veräußerungsverbote nach geltendem Recht.

Wie bereits oben erwähnt, macht das BGB. keinen besonderen Unterschied zwischen einem vertraglichen und letzwilligen Veräußerungsverbot. Beide basieren auf § 137 BGB. Dennoch läßt sich eine gesonderte Betrachtung des letztwilligen Veräußerungsverbots rechtfertigen durch mancherlei Eigenheiten, die in der

1) Vangerow, P. I S. 550.
2) L. 78 § 4 D. de legatis II.

einseitigen Art seiner Bestellung liegen, und durch die Umgehungsmittel, die das Gesetz dem Erblasser teilweise freistellt.

Es sind zwei Fälle denkbar.

1. Das testamentarische Veräußerungsverbot bezweckt nicht den Vorteil eines Dritten; gemäß § 137 S. 1 wird der Erbe oder der Vermächtnisnehmer nicht durch das Verbot gebunden, eine zuwiderlaufende Verfügung ist also gültig. Bezüglich der Anwendung des § 137 S. 2 ist verschieden zu entscheiden, je nachdem das Verbot einem Erben oder einem Vermächtnisnehmer auferlegt ist. Hat der Erblasser dem Erben die Veräußerung verboten und handelt dieser dem Verbot zuwider, so hat der Erblasser, rein formell genommen, entsprechend § 137 S. 2 einen obligatorischen Anspruch wegen Zuwiderhandlung. Dieser Anspruch gehört zum Nachlaß. Der Erbe würde also Gläubiger der Leistung sein, zugleich aber auch Schuldner[1]). Hier äußert mithin § 137 S. 2 keine Wirkung. Ist hingegen das Veräußerungsverbot vom Erblasser dem Vermächtnisnehmer auferlegt und nimmt letzterer gleichwohl eine Veräußerung vor, so schuldet der Legatar dem Nachlaß eine Schadensersatzleistung, während dem Erben diese Nachlaßforderung zusteht. Reichel billigt m. E. mit Recht dem Erben diesen Anspruch nur zu, wenn dieser einen ihm durch die Veräußerung entstandenen Schaden beweist.

2. Der Erblasser hat die Veräußerung einer Sache zu Gunsten eines bestimmt bezeichneten Dritten untersagt. Der Erbe oder Vermächtnisnehmer ist auch hier daran gebunden, jedoch nicht weil hierin ein

---

1) Reichel S. 185.

Veräußerungsverbot liegt, sondern weil man diese Anordnung als ein Vermächtnis zu Gunsten des benannten Dritten anzusehen hat. Dieser soll — so ist der Wille des Erblassers auszulegen — nach dem Ableben des Erben den betreffenden Gegenstand als Vermächtnis erhalten[1]). Da heute der Legatar nur einen obligatorischen Erfüllungsanspruch gegen den Bedachten hat[2]), so ist eine verbotswidrige Verfügung des Beschwerten wirksam, die Vindikation ist selbst gegen den wissenden Erwerber ausgeschlossen.

Auch ohne daß durch die Anordnung des Erblassers ein subjektives Recht eines Dritten geschaffen würde, kann der Erblasser einem Erben oder Vermächtnisnehmer in Form einer Auflage ein Veräußerungsverbot auferlegen, wenn es entweder einem eigenen idealen Interesse des Erblassers entspricht oder dem öffentlichen Wohl zu dienen bestimmt ist. Auch ein solches Veräußerungsverbot erzeugt nur ein persönliches Gebundensein des Beschwerten. Es kann von einem Erben, Miterben oder demjenigen, welchem der Wegfall des mit der Auflage zunächst Beschwerten unmittelbar zu statten kommen würde, und schließlich auch, wenn das Verbot im öffentlichen Interesse erlassen ist, von der zuständigen Behörde geltend gemacht werden[3]).

Obwohl der Erblasser nicht in der Lage ist, durch letztwilliges Veräußerungsverbot dem Erben die Verfügungsbefugnis über einen hinterlassenen Gegenstand zu nehmen oder zu beschränken, gewährt ihm das Gesetz gleichwohl die Möglichkeit, durch

---

1) Enneccerus-Lehmann S. 141.

2) § 2174 BGB.; Mot. V S. 138.

3) § 2194 BGB.

andere letztwillige Anordnungen diesen praktischen Erfolg zu erreichen[1]). Es sind dies Einsetzung eines Nacherben[2]) und Ernennung eines Testamentsvollstreckers[3]). Daß wir es im ersteren Fall wegen der mangelnden Singularität nicht mit einem Veräußerungsverbot zu tun haben, ist bereits oben erwähnt worden[4]). Im anderen Falle handelt es sich nicht um ein rechtsgeschäftliches Veräußerungsverbot, da der Wille zur Einsetzung des Testamentsvollstreckers nicht unbedingt auch den Willen einer Beschränkung des Erben umfaßt[5]), der innere Grund der Beschränkung vielmehr das Gesetz ist. Es erübrigt sich eine Erörterung dieser beiden Rechtsinstitute, da wir uns hier auf diejenige der Veräußerungsverbote beschränken.

1) Reichel S. 187 ff.
2) §§ 2113—2115.
3) §§ 2211, 2214.
4) oben S. 35.
5) Raape S. 92.

Schluß.

§ 20.

Übergangsvorschriften.

Die vorstehenden Erörterungen werden noch durch Art. 168 EG. ergänzt.

„Eine zur Zeit des Inkrafttretens des BGB. bestehende Verfügungsbeschränkung bleibt wirksam, unbeschadet der Vorschriften des BGB. zu Gunsten derjenigen, welche Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten".

Diese Vorschrift gilt für Verfügungsbeschränkungen ohne Rücksicht darauf, ob sie auf Gesetz, behördlicher Anordnung oder auf Rechtsgeschäft beruhen, doch hat sie nur Verfügungsbeschränkungen zu Gunsten bestimmter Personen im Auge (§§ 135/137); denn die in öffentlichem Interesse erlassenen Beschränkungen erhalten sich mit Rücksicht auf ihren öffentlich rechtlichen Charakter von selbst; im übrigen sind für sie eine Reihe von Vorbehalten zu Gunsten der Landesgesetzgebung aufgestellt (z. B. Art. 111, 112, 117, 119 EG.); die Wirkungen solcher Beschränkungen sind auch nach bisherigem und neuem Recht nicht verschieden.

Eine vor dem Inkrafttreten des BGB. zulässige und wirksame Verfügungsbeschränkung behält auch

in Zukunft ihre Kraft. Ihre Aufrechterhaltung ist konsequent, weil die dem Mangel des Rechts in der Person des Beschränkten entsprechende Rechtsposition gewissermaßen einer dinglichen Rechtsbeziehung gleichzuachten ist und deshalb analog der Grundsätze des Art. 184 zu schützen ist[1]). Handelt es sich demnach um ein gesetzliches oder richterliches Veräußerungsverbot, so äußert dasselbe im Gebiet des gemeinen Rechts weiter seinen Einfluß auf die ihm zuwiderlaufenden Rechtsgeschäfte; letzteres ist nichtig, sodaß auch der Veräußerer die Nichtigkeit geltend machen kann, nicht nur wie nach § 135 BGB. derjenige, zu dessen Gunsten die Verfügungsbeschränkung besteht[2]). Auch bei den rechtsgeschäftlichen Veräußerungsverboten, die nach § 137 nicht mehr mit dinglicher Wirkung begründet werden können, erhält sich diese Wirksamkeit, soweit eine solche Verfügungsbeschränkung nach bisherigem Recht tatsächlich zu einem dinglichen Recht an der Sache ausgestaltet ist.

Gegen Dritte wirkende vertragsmäßige und letztwillige Verfügungsbeschränkungen kannte zwar das gemeine Recht nicht[3]), wohl aber das Preußische Recht[4]); die Verfügung war unwirksam, wenn die Beschränkung dem Dritten bekannt oder durch Eintragung im Hypothekenbuch ersichtlich war[5]). Ist daher im Gebiet des Preußischen A. L.-R. eine Sache durch eine rechtsgeschäftliche Verfügungsbeschränkung belastet, so behält letztere ihre dingliche Wirksamkeit selbst gegenüber solchen Rechtsgeschäften, die erst

1) Niedner z. Art. 168.
2) Windscheid § 172a Anm. 2.
3) Windscheid § 172a.
4) ebenso das Sächs. BGB. §§ 224, 2548.
5) A. L.-R. Tl. I Tit. 4 §§ 15, 18 u. 19, Mot. III 37, 77.

nach dem Inkrafttreten des BGB. vorgenommen werden[1]).

Um durch die Bestimmung des Art. 168 die Sicherheit des Rechtsverkehrs nicht zu gefährden und in Übereinstimmung mit dem im geltenden Recht gewährten Schutz des gutgläubigen Erwerbers ist in Art. 168 ein Vorbehalt getroffen, wonach die Vorschriften des BGB. zu Gunsten derjenigen, welche Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten, anwendbar sein sollen[2]).

Was die vor 1900 getroffenen rechtsgeschäftlichen Veräußerungsverbote betrifft, so ist für sie der Satz 2 des Art. 168 keine Neuerung, da schon das Preußische Recht den gutgläubigen Erwerber schützte. Zu beachten ist für den Erwerb beweglicher Sachen, daß gemäß A. L.-R. schlechtgläubig ist, wer das Verbot kennt, und dementsprechend auch unter der Herrschaft des BGB. ein altrechtliches Verbot gegen denjenigen, dem das Verbot infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt ist, nicht wirkt[3]).

1) Dernburg I S. 419; Habicht S. 136/138; Philipp S. 374; Obermeyer S. 323.

2) BGB. §§ 892, 932, 893, 936, 1032, 1138, 1155, 1207, 1208, 1244.

3) Anders § 932 Abs. 2 BGB., der die auf grober Fahrlässigkeit beruhende Nichtkenntnis dem Kennen gleichstellt.

Lebenslauf.

Ich bin am 9. November 1889 zu Frankfurt a. M. als Sohn des Privatiers Edgar Schmidt-Polex geboren. Nach meiner am dortigen Goethegymnasium zu Ostern 1909 bestandenen Reifeprüfung, bezog ich zum juristischen Studium die Universitäten München, Berlin und Marburg. Das erste juristische Staatsexamen bestand ich am 14. Dezember 1912 zu Cassel. Nach meiner Ernennung zum Referendar wurde ich dem Amtsgericht zu Bad-Homburg v. d. H. überwiesen und daselbst am 2. Januar 1913 vereidigt. Die Doktorprüfung bestand ich am 28. Juni 1913 an der Universität Marburg.